جامعة الجزائـر 1
كليـــة الحقوق

دستـرة الـقـانـون الإداري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق فرع القانون العام

إعداد الطالب: إشراف الأستاذ:
دخينيسة أحمد **بوسماح محمد**

أعضاء اللجنة المناقشة

حرطاني أمين خالد		رئيسا
بوسماح محمد أمين		مقررا
بن عبو فتحية		عضو
بورايو محمد		عضو
شيهوب مسعود		عضو
طالب نصيرة		عضو

السنة الجامعية 2015-2016

مقدمة

إنّ علاقة الدستور بالقانون الإداري ليست حديثة، سواء على مستوى الطرح العلمي، أو من حيث الطرح البيداغوجي[1]، فالبحث في الأسس الدستورية للقانون الإداري[*] كانت سابقة لظاهرة الدسترة بالمعنى الحديث.

وقد أصبح من المسلّم به أنّ الدستور يُعدّ مصدرا للقانون الإداري[2]، فالأمر يتعلق، حاليا، بمدى تأثيره في القانون فـ: «**سلطان مبدأ الدستورية على باقي أصناف القواعد القانونية الوطنية، بدون اعتبار الميدان الذي يؤثر فيه، فلم يعد محلا للنقاش**»[3*].

فالبحث في دسترة القانون الإداري مهم وصعب، إذْ يقتضي الأمر توضيح معنى الدسترة (I)، واهميتها بالنسبة للقانون الإداري (II) وطرح مسألة تأثير ذلك على القانون الإداري (III).

I– معنى الدسترة:

أصبحت الدسترة سمة الأنظمة الحالية، حيث دُوِّلت الدساتير[4] وأصبحت الحاملة للأيديولوجية الحديثة لدولة القانون[5] وحيث أنّه: «**لا يمكننا القيام بتعريف جديد الا بواسطة مفاهيم سبق شرحها صراحة**»، كما ذكرPfersmann فقد تطور مفهوم الدسترة le constitutionnalisme، الذي ارتبط بمفهوم الدستور في المرحلة الأولى، فالتعاريف لمفهوم الدستور تنطلق من معيارين أساسين (مفهومين)، فأمّا المفهوم المادي، يتعلق بكونه «مجموع القواعد المتعلقة بتنظيم الدولة»[6]،وتطور الى أن يكون

[1] Grégoire bigot, Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. R.F.D.A ? N° 6 /2003, p. 151-164, et Revue Française de Droit Administratif, 2003, n° 3, p.218.

[*]«Séparer le droit administratif du droit public constitutionnel, ce serait lui enlever sa raison d'existence».

[2]Bernard stirn, les sources constitutionnelles du droit administratif, L.G.D.J, 2012.

[3]Denys Bechillon, Nicolas Mofessis, propos introductifs. In: le conseil constitutionnel et les diverses branches du droit, les cahiers du conseil constitutionnel, N°16, année 2004, p.99.

[*] «L'autorité de principe de la Constitution sur toutes les autres catégories de règles juridiques nationales, sans considération pour le domaine dans lequel elles portent leurs effets, ne fait plus débat».

[4]Marie-claire Ponthoreau, globalisation du droit constitutionnel en questions in: "Espace de service public".

[5]Mondialisation et Etat de droit, (dir) DanielleMockle, Bruylant, Bruxelles, 2002.

[6]Francis Hamon, Michel Tropper, Droit constitutionnel, 28° Edition, L.G.D.J, 2003, p.18.

موضوعهُ: "تنظيم السلطات العمومية للدولة"، وأمّا المفهوم الشكلي، فيعرّفه بأنّه: «مجموعة المعايير التي تسمى قيمتها باقي المعايير، والتي تشكل الأساس لسلامتها (...)»[1].

فقد تكثّف معناه، ليُعرّف تعريفاً يُدرِج أبعاده الجديدة المُبرِزة لتوسّع مفهومه ووظائفه فـ: «**الدستور، هو عمل محكومين، والدستور هو عمل حي، والدستور عمل يهمّ المجتمع**»[2][*].

فقد ترتب عن ذلك ابراز المواطن وتزكيته بدل الممثل (représentant)، وأدّى الى جعل موضوعة أكثر اتساعا ليخلق حريات وحقوقاً، تستجيب ويتكيف مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية.

وهكذا، فإنّ: «القانون الدستوري الذي كان يُعدُّ قانون دولة، فأصبح أيضاً قانون المجتمع»[3][*]. وقد أصبحت الدسترة تتطابق مع دولة القانون وتتساوق مع الديمقراطية[4]، وخاصة بفضل القضاء الدستوري[5].

أدّى هذا التطور الى فتح الطريق إلى تكريس تعبير جديد وهو "الدسترة"، فيما يسمى باللغة الفرنسية constitutionalisme[6] فهو تعبير حديث في فرنسا، يستعمل بموجبه مصطلح "constitutionalism"السائد في الولايات المتحدة وكذا ما يقابله في النظام الألماني والإيطالي[7]، والذي يعني سمو الدستور على كل معيار اخر، على المستوى السياسي والذي يجعله تصرفا ناتجاً عن توافق اجتماعي، حيث ينتشر استعماله بين جميع الفاعلين، والذي يجد ضمانة قانونية لحمايته.

وتجسّد هذا البعد القانوني في إقامة رقابة الدستورية التي تضمن حماية للدستور، في سموه، فكان تأسيس المجلس الدستوري، والمحاكم الدستورية، عموما فإنّ الرقابة الدستورية (كما هو المثال الأساسي

---

[1]Hamon, et Tropper, Op.cit. P.22.
[2]Duhamel olivier, Meny Y., Dictionnaire du droit constitutionnel, P.U.F. Paris, 1992, p.208.
[*] «la constitution, acte des gouvernés : la constitution, acte vivant : la constitution acte de société», P.20.
[3]D. Rousseau, le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie, p.1533, R.D.P. 2014.
[*] Débat : «le droit constitutionnel entre droit politique et droit de la société».
[4]laghmani Slim, constitution et démocratie in: l'architecture du droit, mélanges en l'honneur de michel Tropper,, p.593.
[5]Michel Tropper, justice constitutionnelle et démocratie, R.F.D.C. N°1, 1990, p.31.
[6] والتي تطرح إشكالية في المصطلح باللغة العربية، حيث يحيل المصطلح الى المعنيين، ويمكننا اقتراح تعبير الدسترة للإشارة الى constitutionnalisation.
[7]Duhamel, Dictionnaire, Op.cit. P.212.

للمحكمة العليا الأمريكية في قرار Marbury Madison) أصبحت الفاعل الرئيسي في إطلاق مسار الدسترة والتحولات التي مست الدستور والقاعدة الدستورية[1].

فقد أمسى الدستور حامل للقيم[2]، فالدولة الدستورية تعدّ ثقافة[3]، فقد أصبحت تسهم في بناء دولة القانون[4]، فمسارات الدسترة تشابهت في أوجه واختلفت في أوجه وخاصة في التجارب الحديثة كما في افريقيا حيث تعاني صعوبة[5]، رغم التطوّر المسجّل[6]وتأثيره في بعض التجارب العربية[7] وخاصة المغاربية[8] منها ولتتكرّس هذه الدسترة في الوطن العربي بكثير من الألم[9] وكذا الامر في الجزائر حيث: "تملك الجزائر تاريخا دستوريا غنيّا"[10]، في آلية أساسية في تنظيم الدولة كما أظهرها الأستاذ Miaille[11].

فبذلك، تحول الدستور من تصرف على هامش الحياة السياسية والاجتماعية والقانونية[12] ليبعث من جديد الى الحياة السياسية والاجتماعية والقانونية[13] بعد التساؤلات التي طرحت حوله[14]، ليستقر الدستور في معناه القانوني، فلم يعد مجرد ميثاق سياسي بدون أثر[15] بل اكتسب الطبيعة المعيارية القانونية، بتحوله الى قاعدة قانونية ترتب الجزاء على مخالفتها، بواسطة رقابةالدستورية، أحدثت أثارا قانونية، أهمها

---

[1]Aguiar Luis luque, le contrôle de constitutionnalité des normes dans "le modèle européen de justice constitutionnelle, in: "Mélanges dimitri lavroff, la constitution et les valeurs.

[2]Stephane pierre caps, la constitution comme ordre de valeurs in: "Mélanges dimitri lavroff, la constitution et les valeurs.

[3]Peter Haberle, l'Etat constitutionnel, Traduit par marielle Roffi, Economica, P.U.A.M.

[4]Xavier philipe, le rôle du constitutionnalisme dans la construction des nouveaux Etats de droit.

[5]Frederic Joel Aivo, la crise de normativité de la constitution en Afrique, R.D.P. N°1, 2012, p.142.

[6]Bourgi, l'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité, R.F.D.C. N°52, 2002, p.740.

[7]أمين عاطف صليبة، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2000.

[8] Bendouro Ramdane, conseils constitutionnels et Etat de droit au Maghreb, A.A.N, 1996, p.227.

[9]Ouled Boubout ahmed salem, le printemps des constitutions arabes in: "espaces du service public" en l'honneur du bois de Gaudusson, 2013.

[10]Boussoumah Mohamed, l'opération constituante de 1996, O.P.U. 2012.

[11]Miaille Michel, L'Etat de droit : technologie et / ou idéal?, Revue NAQD N°3, Jan-Nov 1992, p.17.

[12]G. Burdeau, une survivance: la notion de constitution.

[13]D. Rousseau, Une résurrection: la notion de constitution, R.D.P, N°1, 1990

[14]Rials. St, les incertitudes de la notion de constitution sous la V République, R.D.P, N°3, 1984.

[15]Louis Favoreu, propos d'un néo-constitutionnaliste in : le constitutionnalisme aujourd'hui, (dir) Jean-Louis Seurin, Economica, 1984.

الدسترة العمودية والأفقية، أي ما تعلق بتعريف الدسترة في حد ذاتها وفي تأثيره على مختلف ميادين القانون، حيث كان المطلوب أن يصبح الدستور مقرراً[1].

لقد كرّس تعريفٌ قضائيٌ للدستور بفعل اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي تجسد في خلق "طائفة الدستورية"le bloc de constitutionnalité، الذي وسع من المكونات الدستورية حيث إضافة الى المواد الدستورية، وكذا ديباجة دستور 4 أكتوبر 1958، وما أحال اليه من إعلان حقوق الانسان والمواطن لـ 1789، وديباجة دستور 1946 والمبادئ الأساسية المعترف بها من قوانين الجمهورية، وكذا ميثاق البيئة لسنة 2004. فقد كان قرار 16 جويلية 1971 المتعلق بحرية التجمع[2] المنطلق لذلك حيث علق Favoreu وP. Loïc أنّ مصطلح "المطابقة للدستور"، في هذا القرار، قد تحول بفعل هذا الاجتهاد، وبالتالي، فقد تضخمت "طائفة الدستورية"،وبالتالي فإنّ المطابقة للدستور، تعني أنّ مصطلح الدستور يفهم بمعنى أَضيق.

وقد كان الأستاذ Favoreu هو أول من عرّف مصطلح "الطائفة الدستورية" le bloc de constitutionnalité في محاولته تعريف مبدأ الدستورية le principe de constitutionalité، فالطائفة الدستورية تمثل التصوّر الموسع لمفهوم الدستور[3]، في حين تمثل "المطابقة الدستور" التصور الضيق للدستور، فالطائفة الدستورية كانت تضمّ ديباجة الدستور والمبادئ العامة للقانون والقوانين العضوية آنذاك، حسب اجتهاد Favoreu على أساس حيثية قرار المجلس الدستوري صادرة في 8 جويلية 1966.والحقيقة أنّ المفهوم قد تطور الى ما هو عليه بعد سيرورة ليست بالطويلة انطلاقا من قرار حرية التجمع الذين حول مكونات الديباجة الى مكونات دستورية.

إِنجَرَّ عن ذلك التوسيع بأن أصبح المجلس الدستوري حاميا للحقوق والحريات، مما رتب تغييرا مس مجاله توسيعا وكذا طبيعة هذا المجال. فلم يعد الدستور المنظم للسلطات العمومية السياسية فقط، كما في التصور التقليدي، القائم على الفصل بين السلطات.

وهكذا، وبتأثير من اجتهاد المجلس الدستوري، فقد أصبحت مصادر القانون والحريات والحقوق خاضعة للمعايير الدستورية. فقد تحولنا من مفهوم الشرعية الى مفهوم الدسترة[4]، **حيث كان Favoreu قد**

---

[1]D. Rousseau, Question de constitution, in Mélanges: "le nouveau constitutionnalisme", en l'honneur de Gerard Conanc, p.3.

[2]Décision N°71-44 du 16 Juillet 1971, Liberté d'association in G.D.C.C, 8°edition sous (dir), Favoreu. L. Loïc Philip, Dalloz, 1995, p.244.

[3]Ibidem, p.34.

[4]G. Vedel, Légalité et constitutionnalité, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 1997.

رصد ذلك ف: «فالأشياء قد تغيرت مع احداث المجلس الدستوري: فإنّ "الشرعية العادية" أصبحت تابعة "للشرعية الدستورية"»[1].

وقد أسهمت دسترة الحقوق والحريات وضمانها في جعل دولة القانون أكثر فعلية، وكما كتب رائد هذه الدسترة الحديثة L. Favoreu ف: «**(...) فكرة تحقيق دولة القانون تهيمن على القانون الدستوري، فجميع الهيئات (بما فيها البرلمان) خاضعة لاحترام قواعد القانون، وخاصة، تلك التي تحمي الحقوق الأساسية.**»[2].

حيث أنّه: «**بفضل دولة القانون، أصبح هنالك قانونا دستوريا حقيقيا**».

وهكذا، فإنّ مفهوم الدستور قد تحول، فأصبح ثلاثي المكونات، (الموضوعات)، حسب تعريف Favoreu، وهي: الهيئات، المعايير والحريات[3]، الذي بناه على أساس اجتهاد المجلس الدستوري، رغم اعتراض Vedel الذي يعتبر أن موضوع الدستور هو المؤسسات، ويعترض على فكرة دسترة القانون الإداري، فهو يعتبر أنّ هناك تأثيرا للقانون الإداري على الدستور[4]، في حين يحاول Stirn التوفيق بينهما[5]، حيث أقر بالتأثير المتبادل.

كان هذا التحول في مفهوم الدستور، من توسيع لمجاله وكذا من حيث طبيعته متزامناًمع انطلاق مسار دسترة القانون عموما[6]، والذي أدى إلى أن يمتد الى جميع فروع القانون[7]، حيث أصبح مألوفا، إثارة دراسة الأسس الدستورية لكل فرع قانوني، والذي تمثل في البحث عن ربط كل قانون بأسس في النص الدستوري.

أطلق ذلك، مساراً للدسترة نتيجة للأخذ بالمعايير الدستورية سواء في التشريع أو القضاء خصوصا، من حيث تكريسها وترتب الجزاء على مخالفتها المكرس بتأسيس رقابة الدستورية.

---

[1]Favoreu, L. Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in : Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, C.U.J.A.S, Paris, 1974.

[2]Favoreu, L. droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit, R.F.D.C. N°1, 1990.

[3]Ibidem.

[4]Vedel (G), Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du conseil D'Etat à la jurisprudence au conseil constitutionnel, Mélanges Chapus, 1992.

[5]Stirn (Bernard), constitution et droit administratif, Dossier : le conseil constitutionnel et le droit administratif in : les cahiers du conseil constitutionnel, 2012.

[6]Favoreu, op.cit.

[7]Michel Verpeaux. Mathieu Bertrand (dir). La constitutionnalisation des diverses branches du droit, P.U.A.M, 1995.

أنتجت هذه الرقابة الدستورية اجتهادا كثيفا من قبل المجلس الدستوري، وخاصة ما تعلق بمجال حماية الحقوق والحريات، وتأثير ذلك على المعايير القانونية، والذي كان بفضل كثرة الإخطار الناتجة عن تعديل الدستور لـ 1974 الذي سمح له بسلطة الإخطار لـ 60عضوا، سواء من الجمعية الوطنية والغرفة العليا.

والحقيقة، أنّ مجال الدسترة مسّ معظم فروع القانون، وإنْ كانت بدرجات متفاوتة، وقد رصد الأستاذ Favoreu (L)أول مظاهر ذلك فيما يتعلق بالقانون العام.[1]

وقد كان اجتهاد المجلس الدستوري هو المغذي الحقيقي للدسترة، والذي كانت قرارته المؤثر في ذلك[2]، والتي أسهمت في القانون الاداري[3] خصوصا.

والحقيقة، أنّ وجود تلك القرارات والاجتهادات الدستورية لا يعني وجود دسترة، فلا يكفي ذلك الوجود مهما كانت كميته أو نوعيته للحكم بدسترة أي ميدان أو مفهوم، فيجب التمييز بينهما، أي بين وجود المعايير الدستورية الناتجة عن الاجتهاد الدستوري، وتأثيرها فـ: «**استخلاص دسترة القانون، انطلاقا من قرارات المجلس الدستوري يعني الخلط بين نقطة انطلاق المصدر مع النتيجة**»[4*]، أي بين مصدر الدسترة ونتيجتها او أثرها. ولذلك فقد أشار Favoreu الى ضرورة التمييز لضبط مفهوم الدسترة، فهو قد لاحظ أن البعض يعتبر أن هناك: «تطابق بين وجود أسس دستورية ودسترة القانون. فاذا كان التطابق يحدث بين الوضعيتين غالبا، فالأمر ليس كذلك دائما، فهما ظاهرتان متمايزتان»[*5]، حيث يلاحظ Favoreu أنّ«نظرية الأسس الدستورية للقانون الإداري» للأستاذ Vedel[6]لا تمثل بداية دسترة القانون

---

[1] Favoreu, L. L'apport du conseil constitutionnel au droit public, Revue Pouvoirs, 1980.

[2] Favoreu, L. L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, in : Etudes offertes à Léon Hamon, Economica, Paris, 1982.

[3] Ould Boubout, (A.S.), L'apport du conseil constitutionnel au droit administratif, Economica, P.U.A.M, Paris, 1984.

[4] Molfessis Nicolas, L'irrigation du droit par les décisions du conseil constitutionnel, Revue pouvoirs, N°105.

[*] «Conclure à une constitutionnalisation du droit à partir des seules décisions du Conseil constitutionnel revient à confondre le point d'émergence de la source avec son point d'aboutissement.».

[5] Louis Favoreu, la constitutionnalisation du droit, in : Mélanges en Hommage à Roland Drago, L'unité du droit, Paris, Economica, 1996, p.25.

[*] «Or, si les deux situation coïncident le plus souvent, il n'en est pas toujours ainsi car il s'agit de deux phénomènes distincts». Op.cit.

[6] Georges Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif in : la pensée de charles Eisenmann, Economica, Paris, P.U.A.M. (dir : Paul Amselek).

الإداري، والتي تلقت إنكارا من الأستاذ إيزنمان Eisenmann[1]، وحيث اعترف Vedel أن النقاش قد تجاوزه الزمن. فقد كان محاولةVedelهي لتبرير وتأسيس استقلالية القانون الإداري، بالتأكيد على وجود "نظام إداري" بخصوصيته، في إطار التمييز بينه وبين القانون الخاص وباقي فروع القانون. وليؤكد Vedelفي وقت متأخر، على أنّ الأسس الدستورية ليست منسوبة لـVedelولا لـ Eisenmann، ولكنه يؤكد رغم ذلك على أنّ: «**الأسس الدستورية تبرز أكثر في قانونا الوضعي، فلم يعد ممكنا كتابة مرجع بسيط في القانون الإداري دون إدراج نصوص الدستور والاجتهاد الدستوري فيما يتعلق باللامركزية، والقطاع العام، والضبط... الخ**»[2].

والحقيقة، أنّ دسترة القانون، والتي شرحها وفسرها Favoreu وكان أول مرة من رصدها، قد اعتبر أنّه: «**(...)، من الأكيد أنّه بدون قضاء دستوري، ما كان لمسار الدسترة أن يكون (...)**»[3].

تمرّ الدسترة، حسب Favoreu[4]، بمرحلتين: أمّا المرحلة الأولى فتتمثل في مرحلة تراكم المعايير L'accumulationdesnormes، وأمّا المرحلة الثانية فتتمثل في انتشار تلك المعايير (La diffusion)، فهذا المسار المندمج هو المحرك لدسترة القانون عموما وانتشار لكامل فروع القانون، فتراكم المعايير الدستورية أحدثته، بالخصوص اجتهادات المجلس الدستوري أساسا، ويسجل Favoreuأنّ التراكم مهم، ابتداء في الدساتير الحديثة.

وأمّا عن الانتشار، فيرى أنّه يؤدي الى تمثل النظام القانوني للمعايير القانونية، والذي أمكن تحقيقه، بفصل، اعتبار الدستور كقاعدة قانونية، فمعيارية الدستور أصبحت أمر مقبولا لدى شريحة واسعة من رجال القانون، فـ: «**القواعد القانونية أصبحت قابلة للتطبيق مباشرة من قبل القاضي العادي، وكذا السلطات الإدارية أو الافراد**»[5][*]، وليؤكد بقوة وفي نفس الاتجاه أنّ: «**كل المعايير الدستورية هي ذات تطبيق مباشر وليسوا في حاجة لواسطة القانون ليصبحوا "عمليين"**»[6][*].

---

[1]Eisenmann C. la théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif", R.D.P. 1972.
[2]Vedel, Op.cit. P.145.
[3]Louis Favoreu, op.cit.
[4]Ibidem,
[5]Favoreu, op.cit. P.185.
[*] «Les règles constitutionnelles sont directement applicables par le juge ordinaires comme par les autorités ou les particuliers ».
[6] Ibidem, P.185.
[*] «Toutes les normes constitutionnelles sont d'application direct et n'ont pas besoin du relais de loi pour être rendues "opérationnelles"».

والحقيقة، أنّ الآلية الأساسية لهذا الانتشار تتعلق بحجية قرارات المجلس الدستوري، والتي اكتسبتها في كل الأنظمة الدستورية الحديثة، ففي النظام الفرنسي، فإنّ الأساس يتمثل في المادة 62 من دستور 1958 التي تنص على أنّ: «**قرارات المجلس الدستوري تفرض على السلطات العمومية وعلى كل السلطات الإدارية والقضائية**»*.

ويلاحظ الأستاذ، أنّإثار قرارات المجلس الدستوري اكتسبت قوة وحجية بدون المرور على الجزاء القضائي، ويرى أن الادعاء بغياب ألية لضمان احترام قرارات المجلس الدستوري من قبل القاضي العادي وكذا العائق التشريعي (L'écranLégislatif) تعد عوائق زائفة، ففي رأيه فإنّغياب آلية لضمان احترام قرارات المجلس الدستوري لا يُعدّ عائقا لانتشار المعايير الدستورية، وخاصة تلك الناتجة عن الاجتهاد الدستوري للمجلس الدستوري، وكذلك الأمر في ما يتعلق بالعائق التشريعي، فقد اعتبره Favoreu ذريعة لعدم تطبيق الدستور، وعدم معاقبة الإدارة[1].

ويمكن التأكيد على أنّ معنى الدسترة ينصب على أثارها التي تحدثها، فهي الأكثر بروزا، والتي تعد المعنى المستعمل في هذه الرسالة، فلم يستفد هذا المفهوم من أي تعريف نطري او مذهبي، فعادة ما يستعمل بدون تحديد معناه، ويبدو كمسلمة ينطلق منها لا تحتاج الى أساس أو تأسيس.

وقد تناولها الأستاذ Favoreu كأثار للدسترة، بحسب التعريف الثلاثي للدستور، كما قدم تعريفه في مقال له[2]، وحيث لم يقترح تعريفا لها.

وهكذا، فإنّ الدسترة التي مست الهيئات الدستورية استفادت من "دسترة" قانونية* (constitutionnalisation juridisation)، حيث تحول الدستور من وثيقة سياسية الى نص قانوني بفضل اجتهاد المجلس الدستوري في فرنسا، مما عزز من معياريته.

وأما الدسترة كترقيةconstitutionnalisation-élévation، فهي التي مست مصادر القانون، فقد حدد الدستور صلاحيات السلطات العمومية، وسهر على احترام التوزيع الذي أصبح دستوريا، ويسهر المجلس الدستوري على احترامه، وذلك من باب الحرص على الدستورية، التي قد يتهددها التفسير الواسع لاختصاصات كل سلطة عمومية، سواء كانت تشريعية أو تنظيمية.

---

* «Les décisions du conseil constitutionnel s'imposent taux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles».

[1]Ibidem, p.188.

[2]Favoreu, le droit constitutionnel droit de la constitution et constitution du droit. Op.cit.

* الاجتهاد للطالب، وبتصرّف.

وأمّا الدسترة كتحولle constitutionnalisation-transformation، فتتعلق أساسا، بدسترة الحقوق والحريات، التي أدت الى التأثير الشديد على مختلف فروع القانون، وتحول هذه الأخيرة.فهذا النمط من الدسترة هو الأكثر استعمالا وهو المقصود في الدراسة عندما نتناول دسترة قانون معين.

نستخلص، على ضوء ذلك، تعريفا للدسترة، فهي مسار لإضفاء الطابع الدستوري على المعايير القانونية للنظام القانوني، يتمثل في ترقية المعايير في الهرمية الدستورية، والتي أدى تأثيرها الى تحول دستوري في فروع القانون المختلفة.

فالأمر، يتعلق، بتأثير الدستور في النظام القانوني، أي مدى الاخذ به وتطبيقه من قبل السلطات، وخاصة من قبل الجهات القضائية وكذا السلطات الإدارية، ومدى تمثلها لها وتغذي النظام القانوني بالمعايير الدستورية.

يمكننا، التأكيد على أنّ ظاهرة الدسترة التي امتدت الى نظم دستورية نتيجة للتأثر بالنموذج الألماني المستند الى نظرية الحقوق الأساسية[1]، وتعاظم تأثيرها مع انتشار هذا النوع من الدسترة، وخاصة في دول اوروبا الشرقية والدول العربية في الفترة الأخيرة[2]، وكذا الافريقية[3] فيما بعد.

وتميزت الدسترة الجزائرية بظهورها المبكر، فقد سبقت تجارب الكتلة الشرقية سابقا، وشكلت قطيعة مع النظام القائم على الاشتراكية ووحدة الحزب والدولة.

وقد مرت الدسترة الجزائرية بمراحل، اتسمت بالقطيعة وبالخصوصية، رغم عملية التأثر بالنظام الفرنسي[4]، فلم يُعمر دستور سبتمبر 1963 طويلا، ولم يُحدِث أثرا مهما[5]وإن كان قد أقام مبدأ الدستورية عبر النص على الرقابة الدستورية من قبل المجلس الأعلى 1963، في حين تميز دستور22 نوفمبر 1976 بخصائص شكلت قطيعة مع التصور الكلاسيكي الليبيرالي، حيث أثر في التفكير القانوني سواء

---

[1]Miehel Fromont, les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA, Mélanger Eisemman, 1974.

[2]Ridha Ben Hammed, Les avancées en matière de droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne, in : Les avancées en matière de droit constitutionnel Afrique, 24 et 25 Nov. 2014. Et Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe – l'exemple de la Tunisie in : Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson.

[3]Telesphore, ONDO, Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme africain, textes choisis, conférence africaine d'Alger, 24 et 25 Nov. 2014.

[4]Jean- Michel Dubois, Etien Robert, L'influence de la Constitution française de 1958 sur la Constitution algérienne de Novembre 1976, R.A.S.J.E.P.197, P485.

[5] إلا ما تعلّق بالتأثير في قضية S.A.I.D ضد والي الجزائر.

في مجال النظرية العامة للقانون[1]، أو في القانون الإداري خصوصا عبر دسترة المبادئ العامة للقانون[2]فهذه المبادئ العامة للقانون تمثل:«الأساس للمجتمع في حد ذاته، حيث أنّ تلك المبادئ تعتبر كاشفة لذلك»، كما كتب العميد محيو فتتعايش المبادئ العامة التقليدية مع المبادئ العامة للقانون الاشتراكي، وكذا تؤثر في "النواة الصلبة" للنظام العام السياسي والاقتصادي المتمثل في الاشتراكية[3].

ولتحدث القطيعة التامة في الدسترة الجزائرية بتبني دستور 23 فبراير 1989، حيث تغيرت الرهانات[4]، حيث تغيرت طبيعة الدولة من اشتراكية الى دولة حماية الحريات، حيثتحور مركزها القانوني ووظيفتها، ولننتقل الى إقامة دسترة تقليدية قائمة على الفصل بين السلطات وضمانة الحقوق والحريات.

فقد انتقلنا من دستور 1976 الرافض للحكومة الليبيرالية، والمركز على النظام الاقتصادي الذي يهدف الى تحقيق الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للمواطن، والتي جعلت طبيعة الالتزام بها يطبع الدستور في حد ذاته فهو: دستور–برنامج[5]، الى ما كيفه بأنّه: دستور– قانون، أي دستور 1989 الذي ربط بمفهوم دولة القانون[6].

وليتجاوز دستور 1976 القائم على "المناضل–العامل" الى دستور 1989 الذي يرسم صورة جديدة قائمة على "المواطن"[7].

وقد كانت بذورُ هذا التحول الدستوري قد: «**بدأ مع ظهور النظام السياسي الجزائري الجديد مع اصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية لـ 12جانفي 1988**»، حيث حمل في طياته تغيرات نوعية تتعلق بالدولة حيث يعيد تنظيمها في طبيعتها وفي مهامها[8]، فيما كيفه الأستاذ **براهيمي؟ –رحمه الله–** "**خرقاً للدستور**"

---

[1] Salah Bey, la constitution et la théorie générale du droit, R.A.S. J.E.P. 1978.
[2]Ahmed Mahion, les principes générauxdu droit et la constitution, R.A.S.J.E.P. 1978.
[3]Brahimi (med), les filiations de la constitution de 1976, R.A.S.J.E.P. N°3/4, 1988.
[4]Laggoune (W), A. Allouache, la révision constitutionnelle de 23 Février 1989: enjeux et réalités, R.A.S.J.E.P. N°4, 1990.
[5]Brahimi, Op.cit. P.614.
[6]Discours du Président Chadli Bendjedid cité par Lajoie, la troisième constitution Algérienne, l'abandon de la référence sociale ou le militant travailleur, R.D.P, 1989.
[7]Lajoie, op.cit.
[8]Brahimi, Nouveaux choix constitutionnels et nouveaux besoins politiques, R.A.S.J.E.P. N°4, 1991, P.735.

وكان أهم محرك لهذه الدسترة هو إقامة رقابة الدستورية، والتي أنتجت دفعة أولى من قرارات أربع، سجلت أثرا نوعيا رغم قلتها[1] حيث تعلقت بوظائف الدسترة من: ضبط العلاقات بين السلطات وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات، وكضمان لحقوق والحريات.

وهكذا، فقد لعب المجلس الدستوري دورًا في تفعيل مسار الدسترة، وقد أعتبر "زرعا" ناجحا [2] une greffe réussie، فوجودهُ كان شرطا لإقامة دولة القانون التي منحت محتوى سياسياً للدستور، رغم حداثته[3]، والذي أصبح فاعلا رئيسيا حيث خلق اجتهادا قويا وبأثار بارزة على الدسترة[4].

وقد اكتسب الدستور الجديد طابعا قانونيا بترتيب الجزاء على مخالفته، بالاستناد الى المادة 159 التي تنصّ على أنّه: «**إذا قرر المجلس الدستوري أنّ نصّاً تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس**» (عوض بالمادة 169 في دستور 28 نوفمبر 1996).

ولكنّه وفي الحقيقة، فإنّ "القوس الدستوري" La parenthèse constitutionnel[5]قد أثر في مجال الدسترة، بحكم تعطل عمل السلطات العمومية الدستورية في الفترة الممتدة من 1992 الى غاية 1998.

ومهما يمكن، فإنّنا نلاحظ غياب آلية لتجسد احترام الدستور، وخاصة احترام اراء وقرارات المجلس الدستوري، فلم ينص الدستور على حجية تلك القرارات على خلاف ما جاء في دستور 4 أكتوبر 1958 على ضرورة احترام قرارات المجلس الدستوري في المادة 62 منه.

وقد تكفل المجلس الدستوري في قرار شهير له[6] بالتذكير بحجية آرائه وقراراته، لسد هذه الثغرة الموجودة، فقد عدل النواب القانون 89-13 المتعلق بالانتخابات في سنة 1995، بأن أعادوا ادراج الشرط المتعلق بالجنسية الأصلية لزوج المترشح لرئاسة الجمهورية، فقد استند المجلس الدستوري الى قراره الأول بتاريخ 20 غشت 1989، ولاسيما المادة 188 في فقرتها الثالثة المتعلقة بإرفاق طلب الترشح لرئاسة الجمهورية شهادة الجنسية الأصلية لزوج المعني، الذي قضى بعدم دستوريته.

---

[1] Bendourou R., le conseil constitutionnel algérien, R.D.P. 1991, p.1617.

[2] Lajoie, la troisième constitution Algérienne, l'abandon de la référence sociale ou le militant travailleur, R.D.P, 1989.

[3] Ramdane Bendourou, le conseil constitutionnel algérien, R.D.P. 1991.

[4] Yelles chaouche (Bachir), le conseil constitutionnel : du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative. O.P.U. 2003.

[5] Boussoumah (Mohamed), La parenthèse des pouvoirs publics constitutionnelle, 1992-1998, O.P.U. 2005.

[6] قرار رقم 01 ق.أ.م.د 95 مؤرّخ في 9 ربيع الأول 1416 الموافق 6 غشت سنة 1995، يتعلّق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات، ضمن: "آراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائري (1989-2012)" نشرة المجلس لدستوري.

وقد كان سنده الرئيسي في ضمان حجية آرائه وقراراته هو نفس المادة (أي المادة 159 من دستور1989)، حيث أعاد التذكير بها في حيثيته، واعقبها بفقرة تنص على ما يلي: «**وعليه فإنّ قرارات المجلس الدستوري تكتسي الصبغة النهائية، وذات النفاذ الفوري وتلزم كل السلطات العمومية**»، وليواصل في حيثية مواليه أنّه: «**واعتبارا أنّ قرارات المجلس الدستوري ترتب، بصبغة دائمة، كل اثارها، ما لم يعترض الدستور للتعديل، ولطالما أنّ أسباب التي تأسس منطوقها مازالت قائمة.**».

وقد كان ذلك ردا على ما اعتبره المجلس الدستوري: «**تجاهل قوة قرار المجلس الدستوري**»، وقد قضى بأنْ لا وجه للبحث في مدى دستورية هذا الشرط من جديد.

والحقيقية، أن تجاهل قوة قرارات المجلس تكررت، واقتضت في كل مرة من المجلس الدستوري، التأكيد المتكرر لقوة قراراته، وهكذا، فقد عاود التأكيد في رأيه حول القانون الأساسي لعضو البرلمان[1] فيما يتعلق بتقاعد أعضاء البرلمان حيث ذكر بأنّ: «**قرارات المجلس الدستوري ترتب بصفة دائمة كل أثارها ما لم يتعرض الدستور للتعديل وطالما أن الأسباب التي تأسس منطوقها ما زالت قائمة**»، وسنده الدستوري هي نفس المادة (169من دستور 1996).

وقد بقيت هذه المقاومة كإحدى ركائز الدسترة مستمرة، وخاصة من قبل النواب، فقد اشترط المشرع في القانون العضوي للأحزاب لسنة 2012 الجنسية الأصلية في العضو المؤسس للحزب السياسي، حيث اعتبر المجلس الدستوري في رأيه[2] أنّه فصل فيه برأيه برقم 01 بتاريخ 06 مارس 1997، بعدم دستوريةشرط الجنسية للانتخابات الذي أعيد تضمينه في النص الجديد، استنادا الى المادة 30 من الدستور (المتعلق بالجنسية) وليعتبر أنّه: «(...) **يتعين التذكير بأنّآراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وغير قابلة للطعن، وترتب اثارها طالما أنّ الأسباب التي استند اليها في منطوقها لا زالت قائمة، ولم تتعرض تلك الاحكام الدستورية للتعديل**».

ونتيجة لذلك، ودعما لقوتها فقد نص النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري[3] على أن: «**آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة للكافة**» (المادة 54 من النظام)، وقد تضمّنت اقتراحات تعديل

---

[1] رأي 12/ر.ق/م.د/01 مؤرخ في 18 شوال عام 1421 الموافق 13 يناير سنة 2001 يتعلّق بالرقابة على دستورية القانون (...) المتضمّن القانون الأساسي لعضو البرلمان.

[2] رأي رقم 01/ر.م.د/12 مؤرخ في 14 صفر عام 1433 الموافق 8 يناير سنة 2012، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق بالأحزاب السياسية، للدستور، ضمن نفس النشرية.

[3] النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية رقم 26 المؤرخة في 3 مايو 2013.

الدستور تدارك ذلك النقص بتعديل وإعادة صياغة المادة 169 حيث أضيفت فقرة تنصّ على: "تعتبر آراء وقرارات المجلس نهائية. وتعتبر ملزمة لجميع السلطات العمومية وللسلطات الإدارية والقضائية"[1].

ورغم تلك المقاومة التي لقيتها الدسترة من حيث اعتراض على انغراسها وانتشارها، فقد سجلت مكسبا مهما من جهة أخرى وهو تكوين وتشكّل "طائفة دستورية"، فهي تشمل الى جانب الدستور الذي هو: "(...) فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات (...)" (ديباجة الدستور)، وكذا الاتفاقيات الدولية، والقوانين، وآراء وقرارات المجلس الدستوري والديباجة.

فأمّا بالنسبة للاتفاقيات الدولية فإنّه تمّ إدراجها بمناسبة فحص المجلس الدستوري لدستورية قانون الانتخابات لسنة 1989 حيث اغتنم المجلس الفرصة ليؤكّد في أول قرار له[2] استنادا على المادة 123 من الدستور اختصاصه بالسهر على احترام الاتفاقيات عندما نصّ في حيثيته على أنّه: "ونظرا لكون أي اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تندرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخوّل كل مواطن جزائري أن يتذرّع بها أمام الجهات القضائية".

وأمّا القوانين فنستنتج ذلك الاندراج من الحيثية التي أوردها المجلس الدستوري حيث استعمل الأمر المتعلق بالجنسية، والحقيقة أنّنا يمكن ان نستنتج المبدأ في ذلك من المادة 165 التي نصّت على رقابة الدستورية تنصب على القوانين الي جانب القوانين والاتفاقيات.

وكذلك بالنسبة لآراء المجلس وقراراته فهي تعدّ جزءا من الطائفة ويعفنا في التأكيد ما جاء في القرار 4 رقم 3 المؤرخ في 18 ديسمبر 1989 المتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني فقد أورد في تأشيراته الرأي رقم 1 المؤرخ في 28 أوت المتعلّق بلائحة المجلس الشعبي الوطني وكذلك استناده الى القرار المتعلق بالانتخابات في تقرير دستورية النقطة السادسة من المادة 108 من قانون الانتخابات[3]وفد أصبحت الديباجة جزءا من الكتلة الدستورية بفضل رأي المجلس الدستوري رقم 08/01 المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2008، فقد أدرج الفقرة الثامنة من ديباجة الدستور كأساس لرأيه، وهي طائفة مدعوّة الى الاغتناء خاصة بمكوّن جديد وهو ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

---

[1] Propositions d'amendements, lettre adresse aux invités à la concertation sur la révision constitutionnelle sur le site: www.el-mouradia.dz.

[2] قرار رقم 1–ق.م–م.د مؤرخ في 18 محرم عام 1410 هـ الموافق 20 أوت يتعلق بقانون الانتخابات، ج.ر. عدد: 36 أوت 1989، ص 871.

[3] القرار رقم 1–د بتاريخ 6 أوت 1995 المتعلق بدستورية النقطة 6 من المادة 108 من قانون الانتخابات، ج.ر، عدد: 43 بتاريخ 08 أوت 1995 ص 15.

ومما نلاحظه أنّ هذه الطائفة كانت نتيجة لاجتهاد المجلس الدستوري والتي تضمّنت خصوصا الحفاظ على الحقوق والحريات[1]، ويعدّ استعمال المجلس الدستوري لـ: "التحفظات الدستورية"[2] les réserves d'interprétations عنصرا مدعما لانتشار الدسترة التي اعتبرها Thiery di Manno: "تقنية لدسترة هادئة للقانون"[3]، والتي نقلت الدسترة الجزائرية من وظيفة رقابة دستورية الى: "الخلق المعياري"[4]، أي الخلق الدستوري، أدّت تلك الدسترة الزاحفة الى بروز أهميتها العلمية والقانونية

II-الأهمية:

أثّرت الدسترة الحاملة لتغييرات هامة من حيث أصبح الدستور نظاما يحمل مضمونا هو دولة القانون، فالهيمنة التي تظهر من خلال مسار الترقية التي أصابته، لما تحمل من عمومية أفقية المفهوم وعمومية المجال.

فمجموعة هذه التأثيرات تمسّ القانون الإداري في خصائصه (الطابع المستقل وخصوصيته) بحكم: "التوحيد" الذي تمنحه الدسترة فهي توحّد النظام القانوني عموما.

فرهانات الدسترة أي أهميتها تتمثل في أنّ: «**المذهب الدستوري يهتم بعقلنة النظام القانوني**»[5*]، فيمكننا تناولها من الجوانب النظرية (1) والجوانب القانونية (2)، في بعده القانوني المزدوج كقانون وضعي وفرع علمي.

1-الأهمية النظرية:

أنّ دسترة أي فرع قانوني: «**تعني، قبل كل شيء، أن هذا الفرع من القانون أصبح يملك أسساً دستورية، والتي يجب أخذها، بعين الاعتبار في أي عرض بيداغوجي وفي كل عمل بحثي، والا أعتبر ذلك جهلا بالقانون الوضعي**»[*1].

---

[1]Laggoune Walid, la conception du contrôle constitutionnalité en Algérie, Revue IDARA, N°2, 1996.

[2]Thiery di Manno, le juge constitutionnel et la "technique des décision interprétatives" en France et Italie, Edition Economica, P.U.A.M. 1997.

[3]Thiery di Manno, les réserves d'interprétations et "droit vivant" dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, p.51.

[4]Yelles Chaouche Bachir, le conseil constitutionnel algérien: du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative, O.P.U. 2002.

[5]Simone Goyard Fabre, les fondements de légalité in : figures de la légalité, (dir) Charles Albert Morand, Publisud, 1990, P.34.

[*] «La doctrine constitutionnaliste correspond à un souci de rationalisation de l'ordre juridique».

وفعلا، فقد انتجت هذه الدسترة، كما توقع Favoreu ما يسمى بـ: «**القانون الدستوري للإدارة**»[2]، حيث كرس في التقديم وشرح اجتهادات القضاء الدستوري الفرنسي تحت عنوان: «**القانون الدستوري الإداري**»[3].

يبرز ذلك أن الدسترة أصبحت جزءاً من القانون الوضعي، وبالتالي فإنّه من الضرورة البيداغوجية ادراجها في العروض أو الدروس لشرح القانون الإداري، فيبدو أنها متطلب معرفي، كذلك متطلب بيداغوجي، فقد أوضح الأستاذCaillosseأن: «**هذا الفضاء القانوني (...) رافض للشفافية (...)، وهي لا تقع من جهة المؤسسات المكلفة "بالبوح بالقانون"، بل أن المشكل يطرح على الأرضية المعرفية (الأبستمولوجية) القانونية. فهي تتعلق بطريقتنا في التفكير وتنظيم الواقع بواسطة المفاهيم القانونية**»[4][*].

والحقيقة، أن القانون الإداري الأكثر حاجة للعرض البيداغوجي المتماسك نظرا لكونه من أكثر القوانين تمييزا واضطرابا، مما جعله عرضة للصعوبات سواء فيما يخص النظم Systématisation، وكذا العرض Présentation.

فالقانون الإداري المتميز بالتغير والحركة الدائمة يصعب السيطرة عليه، وهو، بالمقابل، أكثر القوانين ضرورية لأنّ الأمر يتعلق بالعلاقة بالمواطنين، فالعرض الواضح له يعدّ ضرورة.

---

[1]L. Favoreu, le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit, R.F.D.C. N°1, 1990, p.86.

[*] «Il convient de souligner (...) en quoi consiste la constitutionnalisation d'une branche du droit. cela signifie tout d'abord que cette branche du droit à désormais des bases constitutionnelles qu'il est nécessaire de prendre en considération dans tout exposé pédagogique et dans tout travail de recherche sous peine de méconnaitre le droit positif».

[2]Larzul Tannegy, le droit constitutionnel de l'administration, juris-classeur, Fascicule 1452-11-année 1997.

[3]le droit constitutionnel administratif, in: la chronique constitutionnelle, la Revue R.D.P. 2006, p.779.

[4]Jacques caillosse, les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel, A.J.D.A, Septembre 2005, p.1784.

[*] «Cet univers juridique (...) est réfractaire à la transparence, et elles sont moins du côté des institutions en charge de faire "parler" le droit que sur le terrain épistémologique juridique, Elle nous procède de nos manières de penser et d'ordonner la réalité avec des catégories juridiques».

وقد كان الأستاذ J.Rivero أكثر من عالج الصعوبات المتعلقة بالقانون الإداري، فانطلاقا من تلك الميزات التي ذكرناها، فإنّه مجد البنائين للنظم[1]، في مسعى مضاد للمفاهيم المنفصلة عن واقع القانون الوضعي، والتي تضمن "راحة الأستاذ" La tranquillité des professeurs[2]، فـ "البنائين للنظم"Faiseurs de systèmes«**ينتقلون من المجسد الى المجرد، منتقلين من المتعدد الى الواحد، مجتهدون في جمل تعدد الحلول الممنوحة من القانون أو الاجتهاد القضائي الى بعض الصيغ التي تبرز الأوجه الأساسية(...)**»[3].

أدرك الأستاذ ضرورة الأخذ بعين الاعتبار لعمومية القاعدة القانونية وتجريدها، والذي يقتضي "استقرار المفاهيم القانونية" La Stabilité des catégories J.، والتي تعني الامكانية لمعرفة القاعدة وتقدير Prévoir أثار التصرفات، وبالتالي العمل في إطار النظام، وممارسة الحرية.

وقد اعتبر Rivero أنّ بناء القانون الإداري L'élaboration، لا تنفصل عن «**مهمة القانون، ومهمة القاضي، هنا تتمثّل قبل كل شيء، في خلق السلامة بواسطة الاستقرار وعمومية القاعدة**»[4][*].

فقد كان الأمر يعود الى المذهب (La doctrine) والقاضي لبناء القانون الاداري[5]**، ولكنه يجب أن يأخذ بعين الاعتبار القانون الوضعي، والذي تعد المتطلبات الدستورية جزءا منه**، وبالتالي يبرز دور الدسترة وأهميتها.

وهكذا، تبرز الوظيفة المعرفية La Fonction Cognitive التي تقدمها الدسترة، فقد كتب رجل القانون الالماني Hassmann عن تلك الوظيفة عندما تناول علاقة القانون الدستوري بالقانون الإداري ووصف العلاقات بينهما، فكتب أن: «المعايير الدستورية الأكثر أساسية تسهل التعميم الضروري»[6][*]، فلا

---

[1]Jean Rivero, Apologie pour les "faiseurs de système", Dalloz, 1951, chronique XXIII, p.99-108, in : les pages de la doctrine, 1980.

[2]Ibid. p.4.

[3]Ibid. p.5.

[4]Ibid. p.10.

[*] «(…), la mission du droit, la mission du juge, est avant tout de créer de la sécurité par la stabilité et la généralité de la règle».

[5]J. Rivero, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif, E.D.C.E, 1955, in: les pages de la doctrine.

[6]Assmann Eberhard-Schmidt, le droit administratif et la justice administrative, permanence et renouveau, R.F.D.A, mai-juin 2008, P.435.

[*] «Les normes constitutionnelle les plus fondamentales facilitent la généralisation nécessaire».

يمكن لرجال القانون (المذهب) La doctrine بناء القانون الإداري بـ: «دون الانغراس في المرجعيات الدستورية، فالقانون الإداري لا يمكنه أن ينبني، ولا أن يتطور»[1]*.

فالدسترة التي خلقها القضاء الدستوري، والذي يعد المفسر الأصلي للدستور تمنح الفرصة للمذهب الذي يقوم بدور المفسر العلمي L'interprétation Scientifique.

فالاجتهاد المذهبي في المجال الدستوري الذي ينطلق من ذلك التفسير العلمي الذي يتمثل في: «**التحديد، بواسطة عملية فكرية، معنى المعايير القانونية**»[2]، والتي هي عملية معرفية Acte deconnaissanceتختلف عن تفسير القاضي الذي هي عملية ارادية Un actede volonté، والتي تعتبر تجريدا للمعايير الدستورية[3]، تسمح بإعطاء المعاني والقيام بالتجريد النظري الضروري لقيام مذهب الدسترة، فالاجتهادين يتكاملان بحكم ضرورة التفسير للتطبيق[4]، وخاصة عبر النظرية الواقعية للتفسير[5].

فالدسترة تفتح أفاقا جديدة للبحث في تأثير الدستور، وخاصة على مستوى القانون العام، فمع "نهاية المدارس"[6] التي رأيJ.Chevallier أنّ لهاأثراً محرراً منها، فـ: «**إنّ النزاعات العلمية الدائرة داخل المذاهب القانونية يجب ردها الى الصراعات الاجتماعية، فالقانون العام، أكثر تأثيرا بهذه الرهانات الخارجية عنه**»[7]، وهكذا يظهر انتصار مفهوم دولة القانون انتصارا لإيديولوجية معينة[8]، والذي ارتبط بالدسترة أساسا، فهي الحاملة لها[9]، فـ: «**دولة القانون، تظهر كمنظومة مؤسسية وقانونية تحدد مسبقا ممارسة السلطة السياسية للدولة بواسطة ضمانات دستورية**»، فهي «**تتطابق مع البرنامج السياسي للمعيارية**»[10]، فهي تتعلق بصفة أساسية بالقانون العام، وخاصة عبر الدسترة وتأثيرها على القانون الإداري خصوصا، وعلاقته مع القوانين الأخرى التي تؤثر فيه وترسم له حدودا معه.

---

[1]Ibid. p.1435.

* «Sans ancrage dans les références constitutionnelles le droit administratif, ne pourrait se construire, ni progresser».

[2]Jacques Chevallier, les interprètes du droit, in: Lire de droit (dir), Paul Amselek, Bruylant, P.U.A.M. 1995. p.119.

[3]Christian Atias, L'épistémologie juridique, P.U.F. 1985.

[4]Otto Pfersmann, la théorie de l'interprétation constitutionnelle, A.I.J.C. 2001.

[5]Tropper M., le réalisme et le juge constitutionnel, les cahiers du conseil constitutionnel, N°12, 2007, p.125.

[6]J. Chevallier, la fin des écoles?, R.D.P. TCXIII, N°3, p.680.

[7]Ibid. p.694.

[8]Chevallier, (J), L'Etat de droit, R.D.P. 1988.

[9]Debl **************************, Melanges Chapus.

[10]DanielleMockl, (Sous la direction de) Mondialisation et Etat de droit, Bruylant, Bruxelles, 2002. p.47.

فالدسترة ليست مدرسة بل هي جزء من القانون الوضعي، رغم ضرورة وجود المدارس.

فالدسترة التي جعلت التمييز بين القانون العام والخاص يتقلص بحكم "التوحيد" الذي تحمله. تجعلنا نتساءل عن مجال القانون الإداري، رغم ما يؤكده Caillosseمن أن: «**اجتهاد المجلس الدستوري، لا يسقط الازدواجية، بل هو يلونها، مع أنه يضيق النظام القانوني من الأعلى**»[1]*.

إنّ ذلك يوافق ما ذهبت اليه المدرسة المعيارية L'école normativiste حيث كتب Kelsenأن: «**النظرية المحضة للقانون تعلمنا أنّ التصرف القانوني للخواص، مثل الأمر السلطوي، هما تصرف للدولة، أي تصرف منشئ للقانون، ينسب الى وحدة النظام القانوني. وبذلك، فالنظرية المحضة للقانون تجعل النظرية المضادة نسبية ي التمييز بين القانون الخاص والقانون العام.**»[2]، وهو ما لاحظه Favoreu مع تطور الدسترة حيث أنه رأى أن التعارض بين "رجال القانون العام (Publicistes)"، ورجال القانون الخاص Privatistes تقلص بحكم أنّ المعايير الدستورية تؤثر على جميع فروع القانون، فهي "تجهل التمييز بين القانون العام والخاص"[3]، حيث تلعب المعايير الدستورية دورا مهما في توحيد النظام القانوني[4]، وهو يتوافق مع حركة نقد القانون التي شككت في تقسيم القانون الى فروع[5]، لان هذا التقسيم ذو طابع ايديولوجي (أي التقسيم بين القانون العام والخاص)، لأنه: «**(...) يهدف الى تحديد مجال الدولة في القانون العام**»[6]*، مما يظهر حداثية هذه المدرسة وصدقيتها الأبستمولوجية والأيديولوجية.

إنّ الحركية التي حررتها الدسترة تجاوزت معناها الحديث المتفق عليه، إذ أصبحتلا تقتصر على إقامة الهرمية الدستورية، واحتكار رقابة الدستورية من قبل القضاء الدستوري، حيث أنّها يمكن أن تتجسد

---

[1]Jacques Caillosse, Droit public-droit privé: sens et portée d'un partage académique, A.J.D.A. 20 déc. 1996, p.961.

* «Resserrant par le haut l'ordre juridique, la jurisprudence du conseil n'abolit pas le dualisme, elle l'édulcore».

[2]Kelsen, la théorie pure du droit, Traduction française de la 2°Edition par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p.373.

[3]L. Favoreu, Dualité ou unité d'ordre juridique: conseil constitutionnel et conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? In: conseil constitutionnel et conseil d'Etat, colloque du 21 et 22 Janvier 1988 au sénat, L.G.D.J. Montchrestien, Paris, p.159.

[4]Ibid. p.170.

[5]Allies (Paul), Jacqueline Gotti-montain, Jean-Jacques Gleizal, Arlette, Danielle Loschack, Michel miaille, l'administration dans son droit, genèse et mutations du droit administratif, Publisud, 1985.

[6]Ibid. p.9.

* الترجمة للطالب.

بتجاوز هذه الهرمية في حد ذاتها، وتتجاوز الدستورية رقابة الدستورية، فالدسترة التي تعني **الأخذ بالمعايير الدستورية وتطبيقها من قبل السلطات الإدارية والجهات القضائية** لا شك أنّها تؤدي إلى انتشار ديناميكي يغذي شرايين القانون عموما، في حركية لا تقتضي تدخلا مسبقا، فتنتفي عنها صفةالمركزية لتجعلها عبارة عن علاقات عمودية وكذا علاقات أُفقية[1].

فدور كل من القاضي والمشرع في تجسيد الدستور، يمس الهرمية الدستورية التي تتعرض الى حركية خاصة في النظام القانوني الجزائري[2]، حيث لم تعد تتطابق معه، فانتشار الدسترة عن طريق فاعليها بسبب التطبيق المباشر للدستور يؤدي الى "التمفصل" L'articulationبين المعايير، حسب Vankerchoveو ostمما يقوي الدسترة، فلا شك في احتفاظها سموها، رغم ما أكده Kelsen من أنّ: «**نظرية البناء الهرمي للنظام القانوني تضبط القانون في حركته**»[3][*].

وهكذا، فإنّه يمكننا تطبيق الدستور بعدة وسائط وعلى مستويات هرمية مختلفة، وقد كان الأمر كذلك بالنسبة للقانون الإداري خصوصا فـ: «**فهذا البناء الجديد للقانون الإداري الذي يتعلق أكثر بالدخول في شبكة من العلاقات مما يجعله تعلق بنموذج هرمي...**»[4][*].

فكمونPotentielالدسترة الدستور كبير، ولكن انتشاره يسير بتقطع، فإنّ: «**تصور أن دستورا يخضع محيطه القانوني لا يوافق معطيات القانون الوضعي.**»[5][*]

ومهما يكن، فقد أثرت الحركية المنطلقة من رحم الدسترة على القانون الإداري في حدود مهمة، وان كانت "جنينية".

مما يطرح مسألة القانون الإداري في رهاناته المباشرة أي الرهانات (الأهمية) القانونية.

---

[1]Ost et van de Kerchove, de la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires saint louis, 2002.

[2]Djebbar A., la hiérarchie des normes dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Revue IDARA, N°42, 2011. P.11.

[3]H. Kelsen, op.cit. titre VI: droit et Etat. Formes juridiques et formes politique.

[*] «la Théorie de la structure hiérarchique de L'ordre juridique saisit le droit dans son mouvement», p.370.

[4]Stirn, le droit administratif vu par le juge administratif, A.J.D.A. N°7/2013, p.338.

[*] «cette nouvelle architecture du droit administratif qui relève davantage de la mise en réseau que du modèle pyramidal ou hiérarchique (…)».

[5]Cyril Brami, la hiérarchie des normes en droit constitutionnel français Essai d'analyse systémique, 2008, p401.

[*] «la conception d'une constitution qui subordonne son environnement normatif n'est pas conforme aux données du droit positif».

2- الأهمية القانونية:

تعدّ الدسترة أهم مساس بالقانون الإداري بخصائصه كقانون مستقل، وكقانون خصوصي Spécifique، يعود الفصل في منازعاته إلى قاضٍ خاص، ومكون من قواعد استثنائية (Dérogatoires)، كتطبيق القانون الخاص على بعض أعماله، والذي اقتضى قيام نظرية الصلة بين الاختصاص والموضوعla liaison entre le fond et la compétence والذي استدعى وضع المعايير للتحديد المزدوج لاختصاص القاضي الإداري وكذا مجال القانون الإداري.

فقد أصبح القانون الإداري، بحكم نظرية دولة القانون، التي تقتضي خضوع كل السلطات للقانون على قدم المساواة، فهو يخضع لكل القوانين، والتي تُصدر معايير عامة، بدون تمييز.

فوجود القانون الإداري، من حيث مصدره وامتيازاته، لم يعد حكرا عليه، فالدستور يقرّ قواعد لحماية الإدارة في امتيازاتها، حيث تم دسترة بعض قواعده عن طريق ترقيتها.

والدسترة تسمح بتجاوز "خصوصية" القاضي الإداري الذي طبعه الميراث الفرنسي، فهي تجاوز للقاضي الإداري فوجود القانون الإداري يعود الى الدستور، ليس الى القاضي الإداري، بل أنّ القاضي يعتبر من مقتضيات تجسيد الدسترة، ولهذا فقد استفاد من وجود دستوري قوي في إطار المهمة الدستورية لحماية الحقوق والحريات.

وهكذا، فإنّ الدسترة تصيب القانون الإداري في استقلاليته، في العنصرين الآتيين: القواعد الخاصة Les règles propres والقاضي الخاص Jugespécial، فإنّ القاضي الإداري أصبح يتصرف كقاضي أكثر من تصرفه كقاضي اداري، فهو يتصرف، بشكل عام على أساس وظيفته الدستورية كقاض لحماية الدستور عبر حماية المجتمع والحريات، ولم يعد القانون الإداري "قانون الإدارة"[1]، كما كان، فعمومية المعايير الدستورية اخترقته، فهو بلا شك فقد كثيرا من استقلاليته، ليس لصالح فروع قانونية موازية له، فالتداخل بين الفروع قائم، حيث نسجل حركة عيممةpublicisationللقانون الخاص، وكذا خصخصة لفروع من القانون العام، ولكن ذلك تم في "حركة بين المستويات" interactionentreles niveaux كما سماها Bechillon، فقد أصبح القانون الإداري مجسدا للقانون الدستوري، بما يوافق ويظهر تأثير المدرسة المعيارية. ففي أفق النظرية الكلسنية (Kelseniene)، فإنّ العلاقة التسلسلية هي محايثة للنظام

[1]Allies (paul), Jacqueline gotti-montain, Jean-Jacques Gleizal, Arlette, Danielle Loschack, Michel miaille, l'administration dans son droit, genèse et mutations du droit administratif, Publisud, 1985.

القانوني، فهي علاقة بين معايير، تتكون من علاقة معيارية مزدوجة، تتمثل في علاقة تصاعدية (إلى الأعلى) هي علاقة المطابقة، التي تقيم الصلة بين المعنى الأدنى مع المعيار الأسمى، وكذا في علاقة تنازلية (الى الأدنى) للإنتاج التي تربط الصلة بين المعيار الأسمى والمعيار الأدنى[1].

فلم تعد الإدارة والقاضي ينتجان معايير إدارية، باستقلالية عن الدستور، بالمعنى الديناميكي، فهي حركية، كما أظهرناها من خلال العلاقة المعيارية المزدوجة، والتي تدفعها الدسترة بحكم إقامتها لهرمية دستورية أساسا فالقانون الإداري يتغذى من هذه الحركية، المنضبطة أساسا بالدستور، بدلا من "قانون مبني على أساس الاجتهاد القضائي" Droit Jurisprudentiel، يتغذى من مقاربة "تزاعيه" انتقدها[2]Gaudemet والتي أدّت الى تذبذب الحلول القانونية بخصائص القاعدة القانونية من ضرورة الاستقرار والسلامة القانونية كمتطلبات دستورية. وقد انتقد Delaubadere نفس حركية المشرع التي تقدم قوانين كثيرة ومتغيرة بما لا يسمح بالتطبيق الجيد والفهم والاقتناع بالحلول الخاصة.

فبعد تفحصه للمعايير التي تهدف الى تحديد القانون الإداري كنظام قانوني، والتي أظهرت قصورها عن استغراق موضوع القانون الإداري وفشلت كمبادئ شارحة للنشاط الإداري، فهو يرى أنّه: «**بالتخلي عن المعيار المادي، فأننا نقبل بغياب مبدأ شارح لحقيقة النشاط الإداري في حد ذاته الخاضعة لنظام القانون العام**»[3]، وحيث نلاحظ أنّ: «**ما يحدد تطبيق النظام الإداري، هم الخصائص التي تمنحها الإدارة لنشاط معين، فليست طبيعة النشاط في حد ذاته، ولا الأهداف التي تسعى اليها**»[4][*]، مما يعدّ مظهرا من مظاهر سلطة الإدارة أي استقلاليتها في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له، وهو أقصى حدود الاستقلالية، وليخلص الأستاذأنّه: «**يجب علينا التخلي عن إعطاء المبدأ الشارح،(...) الّا بصفة سياسية**»[5][*]، وليلاحظ أنّه: «**(...) لا يوجد تحديد تشريعي عام للعناصر البارزة (المميزة) المبررة للنظام**

---

[1]Cyril Brami, la hiérarchie des normes en droit constitutionnel français, Essai d'analyse systémique, 2008.

[2] Delaubadere,Yves Gaudement, droit administratif général, Tome I, 16°edition, L.G.D.J, paris, 2001, p43.

[3]Ibidem.

[4]Ibid. p44.

[*] «ce qui détermine l'application du régime administratif, ce sont les caractère que l'administration donne à l'activité en cause, ce n'est pas la nature même de cette activité, ni les fins qu'il poursuit».

[5]Ibid. p44.

[*] «on droit renoncer à en donner le principe explicatif, du moins autrement qu'en termes politiques».

القانوني، حيث يتدخّل المشرع في بعض الحالات»[1]. يبرز ذلك أهمية الدستور، فهو الذي يحدّدالاطار السياسي للعمل الإداري وهو ما عبّر عنه Delaubadere, Yves Gaudementبـ "مصطلحات سياسية" "Termes politiques" دون أن يذكر الدستور صراحة وقد كان Vedelاول من أقر بأنّ "خصوصية" القانون الإداري لا يستمدها من المعايير التي قدمتها المدارس، وخاصة المعايير المادية فهو يرى أنّ: **«خصوصية القانون الإداري تعود حصرا الى كونه في صلة مباشرة مع الدولة وأن القانون الدستوري هو المؤسس للجهاز الدولتي، سواء كان على المستوى العضوي أو على المستوى الوظيفي»**[*2].

ولكن هذه الدسترة التي تهدد "استقلالية"[3]و"خصوصية" القانون الإداري في منطلقها وفي منطقها لا تُوافقها معطيات القانون الوضعي حيث لاحظ الأستاذGaudemetأنّ **«(...) استقلالية القانون الإداري لم تجد تكريسا لها الا مع الجمهورية الخامسة، في الوقت الذي تقلصت فيه خصوصيته»**[4]، ورغم ذلك، فهو يرى أن السؤال يبقى يدور حول معيار القانون الإداري المبرر لتلك الاستقلالية، أي ما هو الاعتبار المرتبط بالموضوع (Considération de fond) المبرر للاستقلالية.

وقد تطورت الانتقادات الموجهة للقانون الإداري، وخاصة في هذه "الخصوصية" فيحتج عليه أي القانون الإداري: **«لكونه قائم على اللامساواة في كنهة، وأنه قانون امتيازات»**[5]، والتي تدعمت بحكم ازمة دولة–الرفاه (L'Etat-providence) التي أدت الى تفضيل كل ما هو خاص كقانون على ما هو عام. ولقد غذى النقاش حول حدود القانون العام والخاص، فبعد تراجع القانون العام[6]، مما أبرز أزمة القانون العام، في مفاهيمه الأساسية كالصالح العام[7] والمرفق العام[8]، والسلطة التنظيمية[9].

---

[1]Ibid.

[2]Vedel, Delvolvé, droit administratif, 7°edition, Thémis, 1980, p26.

[3]J. Chevallier, L'évolution du droit administratif, in les 40 ans de la V République, L.G.D.J. 1998, p.1799.

[4]Gaudemet Y., le critère du droit administratif: une question nécessaire, une réponse impossible in: Florilège du droit public, mélanges en l'honneur J.P. Boivin, B.I.U.C.J.A.S, 2012, p.06.

[5]Chevallier, op.cit. p1802.

[6]Caillosse, op.cit.

[7]Conseil d'Etat (Français), Rapport public : «Réflexions sur l'intérêt général», rédiges par Raphaël Hadas-label.

[8]Rainaud, la crise du Service public, que-sais-je ? 1990.

[9]Faure Bertrand, la crise du pouvoir réglementaire: entre ordre et pluralisme institutionnel, A.J.D.A, J. Aout, 1998, p747.

ورغم ما تحمله الدسترة من "توحيد" في منطقها، فقد اعتبر ولد بوبوط أن: «**(...) النظام الدستوري يضم النظام الإداري لان السلطات الإدارية او ان شئنا "التنفيذية" تعتبر جزءا مكونا لها (لا نقول إنها بضرورة، بين فرعي القانونين).**»[1]* ولكن الأستاذ ولد بوبوط يقرّ باحتفاظ النظام الإداري ببعض الاستقلالية، وقد سبق لـ Kelsenأن فسره فقد كتب أن حرية الإدارة، قد: «**طُوِّرت من قبل مذهب الدسترة، فهو يهدف الى أن يضمن للحكومة وللجهاز الإداري الذي يخضع لها حرية والتي تكون منبثقة من طبيعة الأشياء، فهي حرية، ليس إزاء القانون، فهذا مستحيل، ولكنها تجاه القانون، أي تجاه المعايير العامة(...).**»*[2].

ومهما يكن، فقد أصبح من المسلم به، ما توصل اليه Débbaschمن أنّ: «**تطور القواعد ذات النشأة الدستورية والدولية التي تخضع لهما الإدارة، كما الأشخاص الخاصة تظهر اندماج القانون الإداري في نظام قانوني موحد**»[3]،معبقاء الخصوصية مرتبط بوجود "مجلس الدولة" الذي يمثل إرادة المؤسس الدستوري، بالنظر لخصوصية استعمال "امتيازات السلطة العامة" ما عبر عنه في دستور 1996 بـ "قرارات السلطات الإدارية"، فهو موضوع مباشر للدستور أخضعه لمتطلبات دولة القانون، عندما أخضعها لرقابة القاضي "حامي المجتمع والحريات" (المادة 139 من دستور 1996).

والحقيقة، أنّ الوضعية الحالية للقانون الوضعي المرتبطة بما يسمى: "الاضطراب المعياري Le désordre normatif"[4]، الناتجة عن تعدد المصادر المغذية للنظام القانوني، وكذا مظاهر "الانشطار" للهيكل الإداري، خاصة مع ظهور السلطات الإدارية المستقلة[5] وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي ومشتقاتها[6]، ومفهوم الضبط la régulation[7] وتبرز أهمية الدسترة كضابط لهذه الحركية المعيارية وكعلاج لذلك الاضطراب، فان: «**(...) المجلس الدستوري، يحرص على احتوائه**»[8].

---

[1]Ouled Boubout Ahmed Salem, l'apport du conseil constitutionnel en droit administratif, Edition, Economica, Paris, P.U.A.M. préface Vedel, 1985.
[2]Kelsen,la théorie pure du droit, Traduction française de la 2°Edition par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962 p.375.
[3]Charles Debbasch, le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? In : Mélanges Rene Chapus. 1992.
[4]Gaudemet Yves, propos introductifs, dossier : "le désordre normatif", R.D.P, 2006.
[5]Chevallier, l'institution des autorités administratives indépendantes, J.C.P.D, 1986
[6]Boussoumah (M), l'établissementpublic, O.P.U. 2012.
[7]Calendri (L), recherche sur la notion de régulation en droit administratif Français, L.G.D.J. 2008.
[8]Gaudemet, op.cit. p.44.

ومهما يكن، فإنّ نمو «**القانون الحديث للسياسات العمومية**»[1]، والذي يعد تطورا سيستوعب مظاهر الإدارة في تعقد مهامها، وخضوعها للمتطلبات الجديدة القائمة على المبادئ الجديدة، وخاصة على فعالية الفعل العمومي، والتي أدت الى إعادة التوازن داخل القانون الإداري بين امتيازاتها السلطوية وحماية حقوق الانسان، فـ: «**القانون الإداري الذي يعتبر القانون الدستوري في سيرورته، أي قانونا سلطويا ولكن، أيضا قانون حماية يحد من سلطة الدولة**»[2].

ويبدو، أنّ الدسترة هي القادرة على ضبط سيرورة القانون الإداري خصوصا في ظل التساؤل المستمر ومحاولة تقويض أسسه[3]، فهو يجد له في الأسس الدستورية "اطارا" ضابطا وحاميا سواء لامتيازاته أو مهامه، بدل الأسس المنبثقة من سلطاتها التنظيمية المستقلّة فهي قابلة للتغير بتغّير الحكومات.

إنّ ما يبرر دسترة الإدارة، من وجهة النظر القانونية، هي أنها أصبحت موضوعا للدستور، فهي سلطة دستورية، ليس بحكم التواجد الشكلي في الدستور بل لتطوّر وضع السلطة التنفيذية، سواء من حيث مركزها القانوني الدستوري، فهي تملك شرعية انتخابية، كما السلطة التشريعية، وسواء من حيث امتلاك سلطتها مباشرة من الدستور.

فقد أُكّد على هذه الحقيقة في جميع البحوث المتعلّقة بالسلطة التنفيذية حيث يجمع على هيمنتها وقوتها.

وهكذا، فقد أصبح من الضروري، أن يؤطر الدستور تلك السلطة، سواء في مركزها أو مجالها او في نظامها القانوني، بشكل أكثر كثافة لتأطير هذه السلطة القوية والمهيمنة.

فما هو تأثير الدسترة على القانون الإداري في ذلك؟بالنظر لمعطيات القانون الوضعي الجزائري، وبالنظر لتاريخيته وكذا بالنظر لجدة عملية الدسترة بالمعنى الحديث.

III-الإشكالية:

يمكننا أن نؤكد على دسترة القانون الإداري، انطلاقا من الاجتهادات الدستوري (اراء وقرارات المجلس الدستوري). وإنّنا نستعين بالمفهوم المكرس من قبل رجال القانون الدستوريين، فنعرفه على

[1]Charles Albert Morand, le droit néo-moderne des politiques publiques, L.G.D.J, Paris, 1999.
[2]Ibid. p.37.
[3]Fabrice Meleray, l'exorbitance du droit administratif en question(s) A.J.D.A. N°37/2003, p.1961.

ضوئها، فالتثاقف القانوني قائم L'acculturation juridique والصلة الفكرية lafiliation intellectuelleمعرفة رغم التكييف الضروري الموجود في ممارسة السيادة القانونية، وضرورة الاستقلالية المعرفية.

ويمكن إجمالا أنْ نعرّفها، كالعادة، بمعنيين: ضيق وواسع فأمّا التعريف بالمعنى الواسع: فأنّ دسترة القانون الإداري تعني مسار الترقية الى المكانة الدستورية لمعايير القانون الإداري، من قبل القاضي الإداري، حيث يستعمل المعايير الدستورية[1].

وأمّا التعريف الضيق فيتضّمن دراسة المعايير الدستورية لمجال القانون الإداري، فقد عرف الأستاذ Favoreu دسترة القانون الإداري بأنّها: «**تشمل تطبيق القانون الدستوري على النشاط الإداري**»[2][*]، وهكذا، كما كان الأمر في دسترة المرفق العام أو الإجراءات الإدارية، كما استند اليه Schramek[3].

نستنتج، بالتالي أن دسترة القانون الإداري تقوم على عنصرين، يتعلق الأول بمكانة المعيار المدستر في هرمية المعايير، سواء كان قابلا للإثارة بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة. وأما العنصر الثاني، فيتعلق بانتماء المعيار لمجال القانون الإداري.

وهكذا، فمجال الدسترة يعتمد، خصوصا، على النمط الذي اقترحه Vedel من فكرة: الاستقبال reception[4] على ثلاثة أشكال: فأما الشكل الأول فهو الاستقبال–التحويل (réception-transposition) حيث يصبح المعيار دستوريا بفعل استقباله من المجلس الدستوري، وهو المكرس من مجلس الدولة. وأما الشكل الثاني، فيتعلق بالاستقبال–التقاسم (réception-partition) حيث يُدستر المفهوم والنظام جزئيا.

والحقيقة، أنّ جزءا كبيرا من دسترة القانون الداري قد تم بفضل اجتهاد القضاء الإداري الجزائري، وهو لم يمر بنفس المسارات، فإسهامه يندرج في إطارإسهام باقي الفاعلين، وخاصة المجلس الدستوري، والذي كان إسهامه حاسما.

---

[1]Romain Felsenheld, la constitutionnalisation du droit administratif, Mémoire M2, droit Public approfondi, année 2006.

[2]Favoreu (L), la constitutionnalisation du droit administratif, Mélanges spiliotopoulous, Sakhoulas, Bruylant, Bruxelles, 1998, p97.

[*] «Recouvre l'application du droit constitutionnel à l'activité administrative».

[3]Olivier Schameck, droit administratif et droit constitutionnel, R.D.P, 1995, p34.

[4]G. Vedel, Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du conseil d'Etat à la jurisprudence du conseil constitutionnel, mélanges Chapus, Montchrestien, 1992.

فكل مظاهر الدسترة متواجدة في النظام القانوني الجزائري، وإن كان ذلك، بأقل كثافة فهو في وضعية "جنينية".

إنّ ما يميّز الدسترة الجزائرية للقانون الإداري، هو استغراقها لكل الاشكال خاصة من خلال "الترقية الدستورية" وكذا "التحول". فقد أسهم القاضي الإداري في ذلك، ولكنّنا سنتناول الدسترة من خلال تأثير مبادئ الدسترة في القانون الإداري عموما.

فقد كانت بدايتها مع دستور فبراير 1989، فلم يسجل تأثير على القانون الإداري قبل ذلك[1].

وحيث أنّ**الدسترة يُقصد بها التأثير العام، وليس المتجزئ، فليس خاصا بالقانون الإداري، بمعزل عن باقي القوانين،** فـ: «الذين أعلنوا أنّ المعايير الدستورية، سيكون لها تأثيرا على القانون الإداري، فلم يفكروا، في أنْ يؤدي ذلك الى إعادة تعريف هذا القانون وتغييره بالكامل، لينبثق من المعايير الدستورية»[2].

وفي هذا الإطار الدستوري العام، فإنّنا نركّز على المسألة الأساسية التي كانت مطروحة بين رجال القانون، وقبل ذلك في إطار المدرستين، والتي تعد: «**المسألة الأساسية التي تصادم حولها (Einsnmann وVedel) هي ما تعلق بتعريف الإدارة (...) والقانون الإداري كمجموعة قواعد متميزة عن القانون الخاص**»[3]، وبالتالي فإنّنا نهتم بدراسة مجال القانون الإداري العام، دون الخاص (أملاك وموظفين)، الا بالقدر الذي تسهم فيه في تحديد المجال العام للقانون الإداري.

فما هو تأثير الدسترة على هذه المسألة الأساسية في القانون الإداري؟

تهدف محاولتنا الى دراسة دسترة القانون الإداري عموما، عبر الزاوية الكبرى المتعلقة باهتمام الدسترة في تحديد المجال وكذا النظام القانوني للإدارة. سنوضح ذلك المعنى المقصود بالدسترة في هذه المرحلة ومن الزاوية المتبعة.

فمسار الدسترة يعني تعميم تطبيق الدستورية، ويفهم منه أنّه أصبح معطى من معطيات الواقع القانوني التي يمكنها أن تؤثر على بعض مجالات وعناصر النظام القانوني.

---

[1]Ramdane Babadji, le droit administratif en Algérie: mutations et évolution, thèse de doctorat, Paris I. 1989.

[2]Piérre Delvolvé, l'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, R.F.D.A. nov-dec, 2014, p.12.

[3]Emmanuel Breen, le doyen et charles Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif, R.F.D.A dm, mars-avril, 2002.

فلم يعد يفهم منه البحث في الأسس الدستورية كما قدمها Vedel، فقد تجاوزها الواقع القانوني الوضعي، وقد تجاوزت الإطار الفرنسي، حيث سجل تطور أدّى الى تلاقي Convergence للمفاهيم والحلول المشتركة[1] وحيث أنّ البحث في هوية القانون الإداري أصبح اهتماما لعدة نظم قانونية في دول كثيرة.

ويقرDelvolvéبتجاوز "نظرية الأسس الدستورية للقانون الإداري"، في مقابل تطور المعايير الدستورية في القانون الاداري[2]، التي تغذي القانون الإداري الى جانب مصادر أخرى دولية وداخلية، فلا يحتكر الدستور الأسس ومصادر القانون الإداري، بل أنّ الدستور كما علق Chevallier يعتبر "اطارا"، فكتب أنّ: «**القانون الإداري مؤطر بالقانون الدستوري**»[3*]. ويبدو ذلك منطقيا ينطبق مع مفهوم الدستور، كما عرّفه Bockonford حيث أنّ: «**الدستور، من وجهة نظر درجة بنائه المفاهمية-المعيارية، غير مكتمل، ومجزأ، فتتضمن (...) أحكاماً، وأسساً، ومبادئ، يمكن استعمالها بهدف تطبيقها، فهي تحتاج للتدقيق والتجسيد، فبهذه الخاصية، تعد اطارا**»[4*]، والذي اعتبره "اطارا معياريا"Uncadrenormatif[5]، والذي يؤكده رجل قانوني الماني آخر Assmann، ففي رأيه فإنّ: «**النظام القانوني الإداري يقتضي أسس دستورية لإيجاد الإطار القانوني**»[6*].

وهكذا، يعدّ الدستور الإطار الواضح الذي يعوض أي أيديولوجية غير محددة المعالم، فهو يعتبر شرطا من شروط الاستقرار القانوني، وبالتالي، فإنّه، يجب على المؤسس التوفيق بين هذا الإطار المستقر من جهة، ومن جهة أخرى، فانه يجب التكيف مع الحقائق المتحركة للمعطيات الاجتماعية[7] يمنحنا الدستور ذلك الإطار "المقنن"، فيصبح القانون الإداري العام.

---

[1]Piérre Delvolvé, op.cit.
[2]Ibid. p1213.
[3]J. Chevallier, de droit constitutionnel et le droit administratif, Revue pouvoirs, 1980, p.36.
[4]Bockonford, le droit, l'Etat et la constitution démocratique, Essai de Théorie juridique, politique et constitutionnelle, L.G.D.J.
[*] «La constitution, du point de vue de son degré d'élaboration conceptuelle-normative, est incomplet et fragmentaire, Ses disdispositions (...) contiennent pour l'essentiel des principes, qui pour être utilisés en vue de leur application, ont besoin d'être précise et concrétisé, à ce caractère, il est le cadre».
[5]Ibid. p.249.
[6]Assmann schmiot (Eberhard), op.cit. p.1435.
[*] «le système juridico-administratif requiert des bases constitutionnelles pour ytrouver le cadre juridique».
[7]Etienne Picard, préface à "les fictions juridique en droit administratif", delphine costa, L.G.D.J. p. VI.

نستنتج ممّا توصل اليه Delvolvé من أنّه يوجد إطار دستوري للقانون الإداري في جميع الأنظمة، فـ: «**أنّ كل نظام دستوري يكون (...) الإطار الذي يندرج فيه القانون الإداري: فهو يهيكله ويحدده، مع ترك الامكانية له بالتطور بواسطة حلول خاصة به.**»[1][*].

والحقيقة، "أنّه ليس مؤكّدا أنّ مفاهيما صالحة لوصف قانون وضعي صالحة لوصف قانون وضعي آخر"[2][*].

إنّ هذا الإطار الدستوري الذي أثّر في هيكلة وتأطير القانون الإداري، قد فُعّل من قبل الاجتهاد الدستوري للمجلس بفضل مبادئ الدسترة (مبدأ الفصل بين السلطات وضمانة الحقوق والحريات) التي استعملت كقواعد تفسيرية[3]، ممّا يعطيها مصداقية بحكم طابعها العام والمتّفق عليه.

وهكذا، فإنّ التعريف ينطلق من المبدأين: مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ ضمانة الحريات والحقوق فهما يكوّنان الإطار للنظرية الدستورية. «فلا يمكن الحصول على مضمون قانوني انطلاقا من نصّ معياري غامض يكتفى بتحديد الإطار كما هو حال أغلب الدساتير، بدون الاعتماد على نظرية دستورية (كنظرية الحقوق الأساسية)[4].

كما ذهب إلى ذلك الفقه الألماني والذي جاراه كثير من الفقه مع انتشار مفهوم دولة القانون reestaat. اعتمادا على نظرية الحقوق الأساسية[5].

فقد أصبح هذا المفهوم محايثا ومتطابقا مع الدسترة فإنّ الحقوق الأساسية امتداد للمعيار الأساسي أي الدستور فهي: "تؤدي (أي الحقوق الأساسية) وظيفة استمرارية وتحيين المعيار الأساسي (...)"[6]، فلا يوجد تمييز بين وظيفة الحقوق الأساسية ومبادئ التنظيم، وهكذا فإنّ: "(...) سلامة أي نظام قانوني تقوم

---

[1]Delvolvé, Op.cit. p1217

[*] «Chaque système constitutionnel constitue le cadre dans lequel s'insère le droit administratif : il le structure et le délimite, tout en lui laissant la possibilité de se développer avec des solutions qui lui sont propres»

[2]Tropper Michel, La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel, R.D.P 1984.

[*] «en réalité, il n'est pas sur que des concepts utilisés pour décrire un droit positif donnée soient également à décrire un autre droit positif».

[3]Georges Kassimatis, les principes fondamentaux de la constitution en tant régles interprétatives, p.45.

[4]Bockonford, le droit, l'Etat et la constitution démocratique, Essai de Théorie juridique, politique et constitutionnelle, L.G.D.J., P.243.

[5]Michel Fromont, les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA, Mélanges Eisenman, 1974.

[6]Gregorio Peces Barba Martinez, la théorie générale des droits fondamentaux, L.G.D.J. 2004, p. 374.

على فعاليته"[1]، أي ما يعتبره رجل القانون الألماني Robert Alexy عنصر التأثير الاجتماعي للقاعدة القانونية[2].

وهكذا فقد أضحت هه النظرية أساسا للنظام القانوني، مما دفع رجال القانون الى ملاحظة أنّه: "(...) وخاصة على مستوى نظرية حقوق الانسان، فإنّ نظرية جديدة للقانون العام بدأت في رسم معالمها"[3].

وقد اعتبرت الآراء والقرارات الأربع الأولى للمجلس الدستوري هي الأهم في الدسترة الجزائرية[4]، ونرى أنّ الدسترة الجزائرية قد أُسّست على رأي[5] وقرار[6] للمجلس الدستوري الصادرة في أوت 1989، فهما سندنا في الدراسة وخاصة الحيثيتين الدستوريتين اللتين كرّستا مبدأي الفصل بين السلطات وضمانة الحقوق والحريات.

فأمّا الحيثية الأولى التي جاءت في الرأي الأول فتنصّ على أنّه: "-**نظرا لكون محرّر الدستور، أقام مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره عنصرا أساسيا في تنظيم السلطات العمومية**".

وأمّا الحيثية الثانية والتي ضُمّنت في القرار رقم 1 والتي نصّها كما يلي: "**ونظرا لما نصّت عليه أحكام المادة 47 من الدستور، أُعترف لجميع المواطنين الذين تتوفر فيه الشروط القانونية أن يَنتخبوا ويُنتخبوا. كما أنّ الأحكام المتّخذة في هذا المجال بإمكانها أنْ تفرض شروطا لممارسة هذا الحق ولكنّها ليس بإمكانها أن تحذفه تماما بالنسبة لفئة من المواطنين بسبب أصلهم.**

وبعبارة أخرى، لا يمكن أن تكون ممارسة هذا الحق موضوع تضييقات ضرورية فقط في مجتمع ديمقراطي، بغية حماية الحقوق والحريات الواردة في الدستور ثم أثرها الكامل".

---

[1]Gregorio Peces Barba Martinez, droit et pouvoir : le pouvoir et ses limites, R.D.P. N°5, 1999, p.1265.

[2]روبرت اليكسي، فلسفة القانون، مفهوم القانون وسريانه، تعريب كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص 22.

[3]Sabete Wagdi, "Quelle Théorie de la Science juridique?, R.D.P. N°5, 2000, p1297.

[4]Ramdane Bendourou, op.cit.

[5] رأي رقم 1-ر.ق.م.د- 1989 مؤرخ في 26 محرم عام 1410 الموافق 28 غشت سنة 1989 يتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني.

[6]قرار 1-ق.ق-مد- مؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 20 غشت سنة 1989 يتعلّق بقانون الانتخابات.

لا تمنح هاتين الحيثيتين الأساس الشكلي للدسترة فقط ولكنها تصلح لتأسيس القانون الإداري، كما باقي النظام القانوني وهي تمنحه فلسفة تركّز على البعد الديمقراطي في تنظيم السلطة، فمصطلح "المجتمع الديمقراطي" كان مبرّر قوي لهذا التنصيص السريع على ضمانة الحقوق والحريات، ممّا يعدّ قطيعة مع النظام القديم وبعثا للنظام الجديد.

فهذه الدسترة أسهمت في: "التحديد الدستوري لمجال القانون الإداري"(الباب الأول)، وفي وضع: "الإطار الدستوري للنظام القانوني للإدارة" (الباب الثاني).

الباب الأول

التحديد الدستوري لمجال القانون الإداري:

التعريف الدستوري للإدارة

الباب الأول: التحديد الدستوري لمجال القانون الإداري: التعريف الدستوري للإدارة

يشكّل موضوع تحديد مجال القانون الإداري إشكالية دائمة، ومتجدّدة، وكانت تتغذّى أساسا، من الحلول القضائية، وبعض النصوص التشريعية التنظيمية، وتفاقم الوضع مع التوجّه الليبيرالي الذي مسّ الدولة والإدارة في صميمها، من حيث مجالها وسلطاتها، ليطرح التساؤل عن الحاجة للقانون الإداري[1]، وليخلص Hertzog إلى القول: «إلى استحالة تعريف القانون الإداري، وأنّ محاولة تعريف الإدارة مشروع آيل الى الفشل»[2*]، ممّا يؤيّد ما ذهب إليهRivero في صعوبة إيجاد معيار كافي للتعريف[3].

ومهما يكن، فإنّ مفهوم الإدارة هو الأقدر على تحديد مجال القانونالإداري مثلما يرىEisenmann[4*]، حيث اقترح تعريف القانون الإداري كما يلي: "ففي البحث عن صيغة لتعريف القانون الإداري يجب الانطلاق من حقيقة أوّلية، وهي أنّ وجود قانون إداري يرتبط بوجود إدارة".

حيث تطوّر الأمر الى التمييز بين تعريف الإدارة وتعريف مجال القانون الإداري، نظرا لتعقّد هذا الأخير، مما اقتضى: "ضرورة التعريف المستقل للإدارة".

إنّ قصور التعريف الناتج عن التعريف الإداري للإدارة، بسبب محاولة طمس الصلة بالدستور. وهي حقيقة قائمة، فالدسترة الحديثة القائمة على دولة القانون، تسمح لنا بالتعريف انطلاقا من الدسترة أي انطلاقا من المبدأين: مبدأ الفصل بين السلطات (الفصل الأول) ومبدأ ضمانة الحقوق والحريّات (الفصل الثاني).

---

[1]Robert Hertzog, A-t-on besoin du droit administratif ?, in : Mélanges de Jean paul jacque, P.346.

[2]Op.cit. P.356.

[*] الترجمة للطالب

[3]Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ? R.D.P, 1953.

[4]Eisenmann Charles, cours du droit administratif, tome I, L.G.D.J. lextenso Edition, 2014. P35

[*]«dans touts recherche d'une formule de définition du droit administratif, il faut partir de cette vérité première que l'existence d'un droit administratif correspond à l'existence d'une administration».

الفصل الأول: التعريف المستمد من مبدأ الفصل بين السلطات

يعرّف رجال القانون عموما الإدارة انطلاقا من المعايير خاصة المعيارين العضوي والمادي. الحقيقة أن المعايير تمنحنا الإمكانية النظرية للتعريف والتحديد على مستوى عال من التجريد. وهي التي سمحت للفقه بتقديم تعريفات حرة كما ذكر Vedelفكتب: "أنّ التعريفات حرّ، ولكنّها غير قابلة للاستعمال إلا بشرط موافقتها لحقيقة الوقائع (...)".[1]

وإذن، فتقديم تعريفات يجب أن يغطي الواقع، فالمفاهيم هي "بناء" مجرد للواقع. فهذا البناء قد تم على مستويين عبر مجموعة الاصطلاحات الدستورية الموجودة في صلب النص الدستوري، كمستوى أول والذي كرست وأظهرت غلبة التصور العضوي المستمد من مبدأ الفصل بين السلطات(المطلب الأول) ليقدم المجلس الدستوري تعريفا أكثر تجريدا اعتمادا على مبدأ الفصل بين السلطات في مستوى ثان (المطلب الثاني).

[1] «Les définitions sont libres, Mais qu'elles ne sont utilisables que a la condition de répondre à la réalité des faits…»

المبحثالأول: التحديد "النصي" عبر الاصطلاحات الدستورية

يمكننا "بناء" تعريف للإدارة من خلال "تركيز" consolidation الاصطلاحات الدستورية كمعطيات خام فهكذا يكون التعريف عبر هذا البناء انطلاقا من معطيات[1] الدستور والمتمثلة في الاصطلاحات الدستورية (المطلب الثاني)، نظرا لأهميّتها (المطلب الاول).

المطلب الأول: أهمية التعريف

إنّ توضيح الإشكالية (الفرع الأول) يكشف لنا رهانات التعريف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إشكالية التعريف:

إنّ صعوبة التعريف (الفقرة الأولى) اقتضت محاولة التعريف على أساس صلب وقار وإطار مرجعي ألا وهو الدستور (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: صعوبة التعريف

لم يهتم رجال القانون عموما (المقارن) بتعريف الإدارة بل بتعريف القانون الإداري وهو ما أكده الأستاذCaillosse عندما كتب: «أنّ القانون الإداري ليس بفرع علمي إلا لاتخاذه موضوعا هو القانون الإداري،وليس الإدارةكموضوع لهذا الأخير»[2][*].

ونحن نعرف الخلاف بين الأستاذين Chapus[3]وAmselek[4]حول المعايير المتعلقة بتعريف القانون الإداري المتمثلة في معياري السلطة العامة والمرفق العام. إنّإشكالية المعايير تغذّت من الاجتهاد القضائي فأنتجت لنا تعاريف غير قارة للقانون الاداري.

يعدّ مفهوم الإدارة صعباً من حيث حصره وتعريفه ولكنّه كثير الاستعمال حيث لاحظ الأستاذ Bechillonأنّ: «مفهوم الإدارة يظل من أكثر المفاهيم من حيث عدم القدرة على الرصد في قانوننا العام»[1]. (الفرنسي)[*].

---

[1] حسب تصوّر Geny القائم على ثنائية "المعطى"le donnée و"المبني"le construit

[2]Jacques Caillosse, sous le droit administratif, Réflexion sur l'enseignement actuel du droit administratif, p.65.

[*] «Le droit administratif n'est une discipline scientifique que pour autant qu'il se donne pour objet le droit administratif et non l'administration qui est l'objet de ce dernier».

[3]R. Chapus, Le service public et la puissance publique, R.D.P.1968, P.276.

[4]Amselek,Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente.

وقد لاحظ العميد محيو نفس الصعوبه، فكتب في "تساؤله حول الإدارة":«فلا يكفي ذكر الإدارة لرفع الغموض،فالصعوبة الاولى تتمثل في تعريف الإدارة»[2] والحقيقة أنّ الفقه لم يهتم بتعريف الإدارة إلا استثناء[3]، وذلكلدواعي كثيرة لكونها تقعفي صلب الصراعات السياسيةوالايديولوجية والذي أثر على النظرية وعلم القانون الإداري، ولهذا يجب تعريف الإدارة لمعرفة ووصف القانون الإداري. بحكم أنّ البعض يتّهم رجال القانون بأنّ"إدارتهم"أو أنّ المفهوم القانوني للإدارة يتميز بهندسة متغيّرة[4].

وقد جرت عادة الفقه مثلما سبق ذكره على التعريف بالمعيارين العضوي والمادي، فالحقيقة أنّالتساؤل والانتقاد مشروع. فبين التعريفات المنطلقة من علم السياسة أو علم الإدارة[5] أو علمالاجتماع، لابدّمن تعريف قانوني يعتمد على معالم قارة وإطار مرجعي، ولا يمكن أن يكون هذا الإطار إلا الدستور أو الدسترة التي يحيل المبدأ الفصل بين السلطات وحماية الحقوق والحريات.

والحقيقة أنّ التعريف بواسطة المعيارين قد لعب دوراً مهما، فقد أعتبر الأستاذ Chapus[6] أنّه إذا كان القانون الإداري هو قانون المرفق العام،فإنّ المنازعات الإدارية هي منازعات ألسلطة العامة. وقد اعترض الأستاذAmselek[7]على ذلك على أساس أنّ ميدان تطبيق القانون الإداري يتطابق مع مجال اختصاص القاضي الإداري.

والحقيقة أنّالمجلس الدستوري الفرنسي قد دستر معيار امتيازات السلطة العامة في قرار مجلس المنافسة، ولم ينكر معيار المرفق العام، وقد تساءل الفقه عن هذه الدسترة التي ضيقت من ميدان القاضي الإداري باعتماد معيار السلطة العامة[8]، والمنتقد. فقها،حيث لاحظ الأستاذGaudemet[9]"تعقّد النقاش"

---

[1]Denys de Béchillon, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Edition Economica, 1996, p.99.

[*] «Le concept de l'administration demeure l'un des plus incernables de notre droit public».

[2]Ahmed Mahiou, Administration et développement : in : « Etudes de droit public », O.P.U., 1984, p.54.

[3] J. Vedel .Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E, 1954.

[4]Jacques Caillosse, sous le droit administratif, Réflexion sur l'enseignement actuel du droit administratif, in Mélanges Gustave Peiser, p.64.

[5]Jean Louis Quermonne, Administration publique et science politique, Mélange Chapus, 1992, P.559.

[6]R. Chapus, Le service public et la puissance publique, R.D.P.1968, p.276.

[7]Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente.

[8]J. P. Bizeau, Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ? A.J.D.A, 20 mars 1992, P.179.

[9] Delaubadere,Gaudemet Yves, traité du droit administratif, édition DELTA, 16 édition 2001, P.41.

ليعتبر أنّه من العبث محاولة فتح النقاش لمحاولة منح شرح موحد،فالأمر يتعلق بالنسبة إليه بالعمل على مستوى المنهج والمصطلح[1].

فهو يثني على التمييز الذي أقامه Chapus بين تصور مادي وتصور غائيfinalisteللنظام الإداري، فبالنسبة للمسعى الأول،فإنّ تطبيق القانون الإداري محدّد بخصائصCaracteristique النشاط الإداري،وبالنسبة للمسعى الثاني فينتج عن الأهداف المرتبطة بمهام الإدارة فالأمر يتعلق هنا بممارسة السلطة العامة وإقامة المرافق العامة.

ولكنّه يُقرّ أنّ هذه المفاهيم الغائية Notion Finaliste تتعلق والسياسة «ces notions sont de l'ordre du politique»، ولكنّهما في نهاية الأمر مهمّانلأنّهما يحيلان إلى مضمون سياسي[2] ودستوري والذي يتجسد في مفهوم دولة القانون التي أسهم الدستور في وضع إطارها فـ: «دولة القانون هي نتاج لسيرورة دسترة القانون L' Etat de droit est le produit du processus de constitutionnalisation du droit. كما كتب الأستاذGoyardClaude[3].والحقيقةبأنّ ذلك النوع من الدولة (دولة القانون) يتطابق مع معنى الدسترة، وهكذا، تبدو الدسترة كحامل لدولة القانون، وتعدّ شرطا لإقامتها فالدسترة القائمة على ركيزتين وهما:"الفصل بين السلطات وضمانة الحريات" كما جاءت في نص المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي[4][*]. وقد كتبت الأستاذة BlandineKriegel[5]أن: «قضية دولة القانون تقوم، في المقام الأخير على شرطين هما: الفصل بين السلطات وتأسيس حقوق الإنسان».

فقد كانت تلك التعاريف يتم عبر "الاختصاص القضائي. وبالتالي فإن القاضي الفرنسي (خصوصا) تحكم في تحديد مجال القانون الإداري تقليصا وتوسيعا ورغم امتلاكه للخلفية السياسية[6].

ولم يكن هناك تعريف للإدارة إلا بطريقة غير مباشرة وكذلك الأمر في النظام القانوني في الجزائر،فقد استنتجه الفقه بطريقة غير مباشرة من خلال مجال اختصاص القاضي الإداري[7]ومن خلال مفهوم المرفق العام[1].

---

[1]Ibid. P.42.
[2]Jacques Chevallier, La fin des écoles, R.D.P, P.10.
[3]Claude GOYARD, L'Etat de droit administratif.
[4]Article 16 «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'à point de Constitution».
[*] «L'Etat de droit est. Le produit; du processus de constitutionnalisation de droit»
[5]Blandine KRIEGE1, propos sur la démocratie, Essais sur un idéal démocratique Paris, 1992 P.40-43.
[6]Dnielle loschack،le rôle politique du juge administratif français, L.G.D.J. 1972.
[7]Bousoumah, Essai sur le régime juridique du service public. R.A.S.J.E.P. 1992, N°2.

لقد أدّى ذلك إلى غموض المفهوم وجعله مفهوما مطاطا نتيجة لغموض المعايير القضائية. هذا الغموض الذي تغذيه الأيديولوجية التي تهدف إلى تبرير وجود قانون إداري "استثنائي"أي تمتعه امتيازات السلطة العامة.

في هذا السياق يرى الأستاذ Gaudemetأنّ محاولة الفقه، عبر اللجوء إلى معيار السلطة العامة والمرفق العام يهدف إلى إيجاد مبدأ شارح للنظام الإداري.وإن كان، في رأيه اللجوء المتأخر لمعيار المرفق العام ما هو إلا امتداد لمعيار المرفق السلطة العامة، فهو يبحث عن نفس الهدف، ولكن بالأخذ بعين الاعتبار لتطور أهداف الدولة وسعة تدخلاتها.

ولكنّه يعتقد أنّ: «هذه المفاهيم الغائية ترتبط بالسياسية، وإنها تستدعي حكما قيميا،يتسم بالذاتية، وهي بالتالي، غير قابلة لأن تكون معيارا لتطبيق النظام الإداري»[2].

ويخلص إلى أنّه: «(...) لايتصور استعمال أي مفهوم غائي (سلطة عامة أو مرفق عام) إلا في حالة من الاستقرار والتجانس السياسي يسمح بالاعتراف،مع الوقت،بالدلالة الموضوعية لهذه المفاهيم»[3].

وقد ذهب الأستاذ Truchet الى القول أنّ: «تخلّينا عن البحث عن المعايير، بعد ملاحظة أنّه يعيش بصفة حسنة بدون معايير دقيقة ودون تعريف مقبول من الجميع»[4*]. (أي القانون الإداري).

ويكن القول أنّ صعوبة تعريف الإدارة امتد الى علوم أخرى مجاورة، وخاصة علم السياسة، حيث لاحظ الأستاذ Quermone أنه: «**صعب على القانون أن يتابع ريتم السياسة، ولهذا، فهناك صعوبة في تكييف هذه الظاهرة (أي الإدارة) التي تتموقع على حدود الدولة والمجتمع المدني**»[*5]، وقد بقيت المحاولة الأكثر ضرورة، ما تعلّق بمصطلح "البيروقراطية" المقدم من علم الاجتماع، خاصة من Max Weber، وسيسيولوجيا التنظيم عموما. ويرى الأستاذ Quermone، في محاولة تعريفه للإدارة، إنّها

---

[1] محمد أمين بوسماح. المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية. 1995.

[2]Gaudment Yves, « (…) ces notions finalistes sont de l'ordre du politique qu'elles font appel à un jugement de valeur, qu'elles sont pour tout dire subjectives et donc impropres à servir de critère à l'application du régime administratif». Op.cit. p 42

[3]«(…) l'appel à une notion finaliste (puissance publique et service public) ne se conçoit que dans un état de cohésion politique permettant de reconnaître, dans la durée, une signification objective de ces notions » Op.cit. P.42-43.

[4]Truchet, P.40.

[*] «Constatant qu'il vivait fort bien sans critères précis et sans définition admise par tous, nous nous sommes résignés à ne plus les chercher»

[5]Jean Louis Quermonne, Administration publique et science politique, Mélange René Chapuis, P.564.

[*] «Le droit à parfois du mal à suivre le rythme de la politique, d'où le malaise éprouvés par les juristes pour qualifier un phénomène qui s'articule à la limite de L'Etat et la société civile».

محاولة صعبة من وجهة نظر علم السياسة ولكنه يؤكد على خاصيتين، اللتين ينبغي الاستناد اليهما في أي محاولة جادة للتعريف وهما: مصطلح البيروقراطية، بالنسبة للتنظيم الإداري، وأمّا العنصر الأساسي الآخر فيتعلّق بالوظيفة العمومية لأنّها قد تشكّل أو تتحوّل الى قوة سياسية[1].

وقد أصبح ما يشبه الإجماع على تلك الصعوبة، وخاصة من الناحية القانونية، فبعد تساؤل Rivero[2]، الذي أنكر محاولة البحث عن معيار واحد للتعريف، فقد تجدّدت، بمناسبة مسار الأوربة européanisation، الإشكالية، ولكن بشكل قانوني أكثر حدّة، وقد طرح على مستوى من الممارسة القضائية والقانونية على المستوى القاري الأوروبي[3] على ضوء إشكالية تعريف الموظف العمومي في النظام القانوني الأوروبي الذي يصطدم بإشكالية السيادة التي ترتبط وتؤثر على تكييف وتعريف الموظف العمومي، والتي اقتضت تعريفا اجتهاديا من محكمة Luxemburg.

والحقيقة أنّ الباحث GérardPekassa قد وافق على أنّ محاولة التعريف على مستوى النظرية صعبة فهو يرى أنّ: «**التحرّر من البحث عن المعيار الوحيد، جعل الفكر القانوني، يولي اهتمامه لموضوع القانون الإداري**»[4][*].

وقد لاحظ الأستاذ Lanza[5] ما ذهب إليه أهم رجال القانون الفرنسيين من إنكارهم أن يكون للإدارة معنى قانوني، وقد كشف قصور النظرة التي أدّت الى عدم الإحاطة بالمفهوم، فقد انطلق من الملاحظ التالية وهي أنّ: «**(...) رجل القانون حاول تعريف الإدارة من وجهة نظر القانون الإداري بشكل حصري**»[*]، وبالتالي فإنّ: «**(...) الاهتمام الأقدم والمستمر لهذا القانون كان هو التحديد بكل وضوح؟، لمجال تدخّله الخاص بالنسبة لمجال القانون الخاص**»[*]، وبالتالي، فقد انصبّ الاهتمام المذهبي La doctrine أكثر على البحث عن معيار من البحث عن تعريف، والذي يهدف الى تمييز الإدارة عن الهيئات الخاصة.

ونتيجة لهذا القصور الذي لاحظه الباحثون، فإنّ كثير من الجهود انصبت على محاولة تبرير وجود قانوني إداري استثنائي un droit dérogatoire الذي يهدف إلى حماية امتيازات السلطة العامة للإدارة

---

[1] Op.cit. P.586.
[2]Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ? R.D.P, 1953.
[3]Gérard Pekassa Ndam, La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, R.D.P., Nº 2, 2012.
[4]Ibid. P.350.
[*] «Affranchie de la recherche du critère unique, la pensée juridique à reporter son attention sur l'Objet du droit administratif»
[5]Lanza Pierre, L'expression constitutionnelle de l'administration française, L.G.D.J. 1984.
[*] «La préoccupation la plus ancienne et la plus continue de ce droit est de déterminer avec netteté les frontières de son propre champ d'intervention par rapport à celui de droit privé».

بحجة أهداف الصالح العام والذي يهدف له، وقد كان لوجود القاضي الإداري، حامي الشرعية دور في ذلك، ولمحاولة إخضاع الإدارة للقانون، في إطار دولة تشريعية والتي أنتجت قانوناً إدارياً يوفّق بين امتيازات الإدارة وأهدافها وحماية الأفراد، ولكن التغيّرات التي طرأت جعلت وجوده كقانون استثنائي، له قواعد خاصة وقاض خاص مضطرباً، ففي حالة النظام الفرنسي، فقد كانت الإصلاحات المتتالية لإصلاح المرفق، وخاصة مسلسل الاندماج الأوروبي ونقل التعليمات الأوروبية الى القانون الوطني la transposition des directives européennes الذي أصبح مقتضى دستوري، وكذا ما تعلّق بالقضاء الإداري وتأثّره لقضاء محكمة Strasbourg، وأثار المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على تكييف الهيئات القضائية والإجراءات القضائية، أدى الى إعادة توازن داخل القانون الإداري بين مكوناته وتوافقاته بإعطاء الأولوية للحقوق والحريّات، والنظر لتلك الامتيازات على ضوئها.

والحقيقة، أنّ التحوّل الناتج عن نشوء قانون عام يرتكز على نظرية حقوق الإنسان[1]، قد غيّر من المعطيات مما جعلنا ننطلق منها، كمتطلّب معرفي، فهي التي تشكّل مادة ومضمون القانون الإداري الجديد الذي ترعرع في هذه الإيديولوجية الجديدة لحقوق الإنسان، فالمفاهيم الجديدة والتي تحملها الدسترة بمكوناتها، وخاصة المكون الدولي من الاتفاقيات أثّرت بعمق، مما يقتضي الانطلاق منها، فهذه المفاهيم الخارجة عن المفاهيم التقليدية للقانون الإداري، تدفعنا الى الانطلاق منها لمقاربة الصعوبات الناشئة عن تكيف المفاهيم القديمة مع تلك الجديدة.

يبرز ذلك تزايد صعوبة المقاربة مع تكاثف المعايير المفروضة على الإدارة من باقي القوانين، كالمنافسة وحماية المستهلك، وغيرها من القوانين، التجارية وقانون العمل وكل ما يتفرّع عن هذه النصوص العامة من نصوص خاصة وقطاعية.

يؤدي هذا الكم من القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الإدارة الى تغيير ضروري في مضمون القانون الإداري، ونوعيّة القاعدة القانونية، وبالتالي ينجرّ عنها التساؤل عن خصوصيتها، وكذا ضرورة ومبرّر وجوده.

فالإدارة مدعوّة الى تطبيق قواعد ونصوص خاصة، وقد كان ذلك موجوداً من قبل، وهو الذي كان يبرّراللجوء إلى معيار اختصاص القاضي الإداري بالنظر الى القانون الواجب التطبيق، إن كان قانوناً خاصا او قانوناً عاماً، ولكن تزايد النصوص الخاصة، والذي يرتب تدخّل عدّة قضاة غير القاضي الإداري. ينجرّ عنه بالضرورة صعوبات قضائية جديدة، خاصة بالنسبة للقاضي الإداري التي تدعوه الى تطبيق قواعد خاصة بدل القواعد الإدارية، سواء من باب تطبيق التشريعات القطاعية الكثيرة، أو من باب الاجتهاد الذي قد يوجّهه الى اختبار تطبيق تلك القواعد الخاصة بدل تلك القواعد المنتميّة للقانون الإداري،

[1]Martinez, op.cit.

والقانون العام، بداعي حماية الصالح العام. والحقيقة، أنّ ذلك، سيكون بداية لمسلسل جديد من التوفيق بين تلك النصوص والاجتهادات حرصا على مهمة الإدارة الحارس النهائي للصالح العام، مما جعل الأستاذ Hertzog يعلّق على ذلك بأن كتب أنّ: «**الخصوصية المبرّرة بمكانة الشخص تترك مكانها للخصوصية بسبب الموضوع**»[1][*].

إنّ تلك الصعوبات التي يلاقيها القانون الإداري، بالخصوص التي تمسّ موضوعه ومنهجه، وتطرح التساؤلات القانونية والنظرية على جميع الفاعلين القانونيين خاصة من قبل رجال القانون والمذهبية La doctrine لتدارك الفجوة بين كثافة القانون الوضعي وتعقّده وتضارب المنطق القانوني لكثير من التشريعات الخاصة التي تعني الإدارة بحكم العلاقات التي تقيمها مع المجتمع المدني، كمواطنين وكأفراد، وخاصة علاقتها بالاقتصاد.

ورغم بعض الفروق من حيث المحيط القانوني بين الجزائر وباقي النظم المقارنة، فلا يختلف الأمر، فنفس التساؤلات تثور، بحكم عولمة النماذج، فإضافة الى الدسترة والانضمام الى الاتفاقيات الدولية الهامة في مجال حقوق الإنسان وكذا العلاقات الاقتصادية[2]. وبذلك، نستطيع التأكيد على نفس الصعوبات في الطرح والمقاربة لتناول الإدارة، والقانون الإداري، الذي تعرّض لتغيّر عميق من حيث نصوصه ومضمونه وتوجّه بحكم المنطق الجديد لنشوئها الذي يحاول التوفيق بين نفس المتطلّبات، ولكن بمقتضيات جديدة ومبادئ جديدة تتمحور حول الفعالية والحوكمة **فقد كانت، تسمّى،** "**صالح عام**" و"**سلطة عامة**"، و"**مرفق عام**"، **وأصبحت اليوم** "**حوكمة**" و"**ضبط**" و"**متعاملين**"، و"**سلامة قانونية**"، و"**حياد**"، و"**حوار قضاة**".[3][*]

ومما قد يؤدي الى المساس بالإدارة مركزا ودورا ووسائل وما يترتب عنه من دعم المكانة القانونية للإدارة، رغم اعتبار أنّ: «**الإدارة (...) تبقى خاضعة لقوانين، ولكنّها متعدّدة ومختلفة من حيث الاستلهام والتقنيات، لا تسمح لنا باستعمالها بالمفرد**»[4][*].

نستخلص أنّ تلك الإشكالية والصعوبات تخفي رهانات يجب توضيحها.

---

[1]Robert Hertzog, a-t-on encore besoin du droit administratif ? in; Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, P.351.

[*] «La spécialité justifiée par le statut de la personne cède ainsi devant la spécialité à raison de l'Objet»

[2] التي سنعود لها في الباب الثاني.

[3]Truchet, le droit administratif vu par un professeur de droit, A.J.D.A. 2013. P.404.

[*] «Naguère ils se nomment "intérêt général", "puissance publique", "service public","aujourd'hui", ils sont "gouvernance", "régulation","opérateurs", "sécurité juridique", "impartialité", "dialogue des juges"».

[4]Op.cit. P.361.

[*] «L'administration (…) reste soumise à des droits, mais ils sont multiples et divers dans leur inspiration et leurs techniques, n'autorisant plus à utiliser le singulier».

الفقرة الثانية: محاولة التعريف: أهمية المصطلح الدستوري

ولمحاولة إيجاد تعريف يستند إلى أساس قانوني كان من الضروري العودة إلى النصوص، وخاصة النص الدستوري.

إنّ لوجود مفهوم الإدارة أهمية وأثار قانونية. فهو ليس مجرد وجود عفوي وعبثي. فهو ليس موجوداً بمحض الصدفة.

إنّ وجوده يقتضي تفسيرا. ولا يكون ذلك إلا لأهميته القانونية.

وقد كتب الأستاذGulgielmi: «إذا كانت النصوص والدستورية والتشريعية تتضمن كلمة "إدارة"، والتي تترجم مفهوما عضويا، أو وظيفيا، أو مفهوماً مركّباً، لأنّ محرّريها قد اعتبروا أنّ ذلك أمراً ضروريا أو مناسبا، وأنها تحدث آثارا في النظام القانوني»[1][*].

وعموما، فإنّه لا يمكننا أن نفصل التعابير والألفاظ والأسماء عن الأشياء التي تصفها أو تعبر عنها، فهي موجودة لوصف الواقع والحقيقة، ولكن الأمر أكثر تعقيدا، فالأمر لا يمكن أن يقتصر على مجرد الوصف والملاحظة التي تعكس الواقع. فالحقيقة، أن اللغة تؤدي وظيفة مزدوجة، واحدة للاتصال، ولكن أيضا: «(...) **للإبداع، والهيكلة والخلق**»[2]، فإن الأسماء لا تعبر عن الواقع فقط، وإلا لا معنى لها، فهي لا تضيف شيئا ولا تعبر عن فكر، وقد استشهد الأستاذ Timsit بـ Claude Hagire عند ما كتب هذا الأخير أنّ الأسماء: «**ليست مجرد مواد قابلة للتعداد <u>لإضفاء أسماء بسيطة</u> (Taxinomie)، فهي تعد مصدرا للمفاهيم**»[3][*]. وهكذا، فإنّنا نستنتج أنّ الأسماء تبرر مصطلحات، والتي هي التعبير عن مفاهيم، وخاصة في المجال القانوني، إذْ تجعل، من الضروري، الالمام بها والاحاطة القانونية ومحاولة تعريفها. فمن الناحية القانونية، يحيلنا الامر الى الأصناف القانونية التي هي مفاهيم Notions، وهكذا، فإنّ الأستاذ J.Moreau يكتب :«**أنّه تعريف يمكننا الصنف (القانوني) بأنه المفهوم الذي يرتبط بنظام أساسي، أي بمجموعة قواعد**»[4][*]، وهو الذي يرى أنّ : «**القانون الإداري اكثر وجودية منه ميلا الى**

---

[1]Guglielmi, La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, LGD .J.Paris.1991.P.41.

[*] «Si les textes constitutionnels et législatifs comporte le terme «Administration» et traduisent un concept soit organique, soit fonctionnel, soit synthétique, c'est que les rédacteurs de ces textes ont jugé nécessaire ou opportun que ces concepts existe et produisent des conséquences dans l'ordre juridique (…)»

[2]Gérard Timsit, les concepts de l'administration publique et la langue française, p.289.

[3]Op.cit. P.289.

[*] «Ce ne sont pas les articles énumérables d'une simple Taxinomie. Ce sont des sources de concepts».

[4]J. Moreau, droit administratif francais, P.U.F. 2011

كونه مكوناً من مفاهيم»[1]*،بحكم تشكله التاريخي الذي طغى عليه الطابع الامبريقي Empirique، والحقيقة، أن ذلك يصدق، وإنْ بشكل نسبي على المفاهيم المستعملة والموجودة في النصوص المنتمية الى القانون الوضعي الجزائري، بما فيها الدستور، في نصه، وفي تفسيره من قبل المجلس الدستوري. ومهما يكن، فإننا نواجه الصعوبة المتعلقة بالاستيراد من اللغة الفرنسية من جهة، ومن جهة أخرى الاستعمال المزدوج للمصطلحات (بشكل يكاد يكون رسميا) فـ: «**الاستيراد للغة من لغة اجنبية لمصطلحات اجنبية يظهر دائما من النقائص التي تعتري هذه اللغة والوضعيات التي تشير اليها»**[2]*.

ومهما يكن، فإنّنا لا نطمح لأي طرح جديد، بل الإشارة الى أهمية وضع المصطلح في الإطار القانوني، والاهتمام به، بما يسمح لنا بالعودة الى المسلمات والحقائق البدائية القانونية، فالعودة الى النص الدستوري هو عودة الى النص القانوني فـ: «**(...) العمل القانوني هو عمل على النص (...)، فقد أصبح تقليديا تناول القانون كظاهرة لغوية»**[3]، حيث يرى الباحث Charles Schwarz أنّ رجل القانون يدرك صعوبة التمفصل بين الأسماء والاشياء. فاللجوء الى معرفة المصطلح، يسمح لنا بالتعريف القانوني الذي يعني "التحديد"la détermination وهو حصر المفهوم الموضوع، والذي يتطلب تعبيرا يقتضي تعريفا.

وبدون المرور على تحليل جدلي لحركية المفاهيم حيث يعتبر: «**المفهوم، (...)، هو المعبر عن الواقع الحقيقي للمؤسسة في مرحلة من تطورها، (...)، والتي تعبر على مستوى الذي بلغته المؤسسة، (...)»**.

فالمفهوم (La notion)، ويتعلق الامر بالإدارة، هو: «الوسيلة التي، بواسطتها يدرك رجل القانون الوقائع من أجل تحديد أي القواعد القانونية الواجب تطبيقها».

فالمفهوم القانوني، هو التعبير، والصياغة، "لمؤسسة" (صنف) معترفا به من القانون، فهي موجودة بالقانون، ومن أجل القانون.

فمفهوم الإدارة الذي نتساءل عنه يغطي واقعا من حيث هي سلطة إدارية تمارس يعبر عنها بمفاهيم أخرى كالسلطة العامة والمرافق العامة والأشخاص المعنوية، في حين أنّ المطلوب هو الوصول الى

---

* «On peut définir la catégorie comme une notion à laquelle est attaché un statut, c'est-à-dire un ensemble de règles».

[1]Op.cit. P.93

* «Le droit administratifs est plus existentiel que conceptuel».

[2]Timsit, P.295.

* «L'importation dans une langue de concepts étrangers démontre toujours les manques de cette langue et les situations qu'elle désigne».

[3]Charles Vautrat-Schwarz, la qualification juridique en droit administratif, L.G.D.J.

معرفة حقيقة هذه الفكرة، ف: «**المفهوم يعبر عن عقلانية المؤسسة. فهذه العقلانية، في لحظة معينة، قد تكون جزئية، بل قد تكون محدودة جدا، وبالنسبة لبعض المؤسسات، فان مرحلة العقلانية الكاملة قد لا يمكن الوصول اليها.**»[1*].

إنّنا نحاول رصد هذه العقلانية المؤسسية التي تميز، بلا شك، الإدارة العمومية، والحقيقة أن الإطار الدستوري يمنحنا العقلانية المكتملة، فلا يُرصد هذا المفهوم أي الإدارة العمومية الا في عقلانيته الدستورية، أي في مرحلة معينة من الدسترة، التي نعتقد أنّها في مرحلة "جنينية" في النظام القانوني الجزائري، بخلاف الأنظمة المقارنة، وخاصة الغربية منها، وكذلك تجارب الانتقال لدول الشيوعية سابقا، والدول العربية في المخاض الحالي.

فالوجود الدستوري لمصطلح أو تعبير "إدارة" يعني دسترتها. ويقتضي هذا التواجد التأكيد على الأوجه المختلفة للتعبيرات فهي كثيرة. مما قد يثير تساؤلات عن وحدة المصطلح.

الحقيقة أنّ النصوص الدستورية أو مصدرها لا تبحث ولا تهدف إلى إعطاء التعريفات بل إلى وضع القواعد. وبالتالي، فإنّ فهم هذه التعبيرات يقتضي العودة إلى كل نص بكل خلفياته ومحيطه.

ومما لا شك فيه، فإن التعبيرات وإن تشابهت فهي تتدرج في إطار مختلف دستوريا. فالانتقال من الاشتراكية في دستور 1976 إلى نظام قائم على الحريات يجعل المصطلحات المتشابهة تعطي واقعا ومفاهيم جديدة.

والحقيقة، أنّ الانتقال المعاكس من القانون "الاشتراكي" الى المفاهيم الليبيرالية قد تم على مستوى المصطلح فقد استعملت المصطلحات الجديدة وخاصة المصطلحات القانونية بكثرة لمحاولة إنشاء وعي سياسي وقانوني جديد يحل محل الاصطلاحات "الاشتراكية". فقد طبع الانتقال بالتغيير السريع والقطيعة مع الاصطلاحات القديمة، فقد حاول الاصلاحيون خلق وعي جديد للتغلب على المقاومة "المعنوية" والأيديولوجية التي أبدتها بعض قطاعات الدولة والمجتمع. أنّ وجود بعض المصطلحات المتشابهة لا يمحو حقيقة التمايز والاختلاف بين الفترتين الدستوريتين (لدستور 1976 ودستور 1989).

ولكنه، ورغم وجود أوجه قطيعة متعددة، فقد سجلنا بعض الاستمرارية الدستورية والتي نلاحظها من خلال المصطلحات المستعملة، والتي نجدها، بالخصوص فيمايتعلق القواعد المتعلقة بالإدارة،

---

[1]Francis-Paul Benoit, Notions et concepts, instrument de la connaissance Juridique, les leçons de la philosophie du droit de Hegel, in : Mélanges Gustave Peiser, "le droit public", p.29.

[*] «Le concept exprimé le rationnel d'une institution, ce rationnel peut, à un moment, n'être que partiel, voire être très limité ; pour certaines institutions, le stade la nationalité par fait pourra être jamais atteint».

فالمصطلحات كـ "السلطة التنظيمية"، و"القانون" و"التنظيم" و"اللامركزية"، مازالت تشكل أهم المصطلحات التي تمثل أسس النظام القانوني للإدارة.

ومهما يكن فإنّ تغيُّر أسس ومسلمات النظام الدستوري ينشأ تأثيرا حاسما وأساسيا على المفاهيم المعبر عنها بتلك الاصطلاحات الدستورية، بما يقتضي البحث فيها.

إنّ البحث في التعبيرات الدستورية يكتسي أهمية نظرية، إضافة إلى الأهمية القانونية.

فاللجوء إلى معرفة "التعبيرات" أو المصطلحات والتسميات ضرورة. نظرية وتقنية.

فأمّا من الناحية التقنية، فقد أصبح مطلوباً من النصوص أن تكون ذات نوعية لأداء وظائفها. فلا بد أن تكون "المصطلحات" موحدة ومنتظمة ودقيقة وواضحة[1].

إنّ هذه المتطلبات تنطبق على جميع النصوص القانونية بما فيها الدستور، ولكن مع مراعاة كون مصطلحات الدستور أكثر تجريدا وعمومية فهي "منفتحة"[2].

وقد يؤدي ذلك إلى صعوبات تمس تلك المتطلبات التي أشرنا إليها. فقد تكون المصطلحات مبعثرة عبر التسميات المختلفة مما يفقدها "الوحدة" أي وحدة المصطلح، وهو ما سنلاحظه فيما يتعلق بمصطلح الإدارة في الفقرات اللاحقة.

أمّا من الناحية النظرية، فإنّ التشبث بالمصطلح الدستوري يستبعد كل اجتهاد فقهي حر، يتعسف في منطلقاته الفكرية أو القانونية. وكذلك الابتعاد عن القراءات الأخرى لميادين علميةأخرى التي اجتهدت في تعريف الإدارة.

ولهذا، فإنّنا ننطلق من "الاصطلاحات" المكرسة دستوريا لتكتسي الدراسة طابعا واقعيا أي تلك التيترتبط بالواقع القانوني وينطلق منه[3]، بمعنى الانطلاق من القانون الوضعي.

إنّ ذلك، يبعدنا عن "حرية اكتشاف القانون" La libre découverte du droitكما كان الأمر في النظام الفقهي الألماني.

وبالنتيجة، فإنّنا نحاول "معرفة" حقيقة التعبيرات أو الاصطلاحات لنتوصل إلى إعطاء معنى "موحدا"، و"مستقرا".

---

[1]Jean Louis BERGEL, La théorie générale du droit 3° Edition. DALLOZ. p.224-228.
[2]Otto Pfesmann,La théorie de l'interprétation constitutionnelle, A.I.J.C. année 2000.
[3]Christian ATIAS, L'épistémologie juridique.

فقد حرص المجلس الدستوري على "وحدة" المصطلح الدستوري، وهو بذلك يسهم في ضبط المصطلح الدستوري الذي يتميّز، عموما، كمصطلح قانوني، بخصائص "الانفتاح"[1] la texture ouverte du droit، و"العُتمة"[2]obscurité فهو يساهم، في إطار الاستراتيجيات المعيارية*، كما عبّر عنها الأستاذ Timsit[3]، فـ: «المعيار، يعتبر الوحدة الدلالية الكاملة والمستقلّة، كما أنّ الأستاذ Luchaire، قد استنبط مبدأين (...) فالمبدأ الأول، والأبسط على الإطلاق، هو ما تعلّق بـ "وحدة المصطلح"»[4]*.

فهذا الاهتمام الذي يسجله المجلس الدستوري، لم نلاحظه في اجتهادات دستورية مماثلة. وقد رتّب له جزاء، وهو الحكم بعدم دستوريته، والقضاء إمّا باستبعاده كما، في المصطلح "الهيئات السياسية العليا"، وأمّا باستبداله بالمصطلح الدستوري المكرّس نصّا.

يمكننا، أنْ نستنتج أنّ ذلك التصرّف والسلوك المستمر والمستقر، يظهر المجلس الدستوري، فهو ليس مجرّد ضابط ومدستر للمصطلحات، بل يهدف عبر السهر على حماية المصطلح الدستوري من المساهمة في وظيفة بيداغوجية ألا وهي إعطاء التعريفات الدستورية عبر المصطلحات المثبّتة، إذا كان التعريف، من وجهة نظر لغوية قانونية هو: «**مجموعة التعابير المعروفة والتي يؤدي المزج بينها الى تحديد المفهوم المعرّف (...) ممثلا بمصطلح واحد**»[5]*.

إنّ المحاولة تنطلق من كون: «المصطلحات القانونية تترجم المفاهيم التي بواسطتها يتمالتعبير عن الحقائق»[6].

«فلغة القانون هي لغة متخصصة والتي تستمد خصوصيتها من غايتها في التقرير أو الإكراه».

فالاصطلاحات القانونية،عموما تملك خصوصية،كما أشارت الأستاذةEtienne Picardلأنّ وظيفتها والغايةأنْ تقرر وأنْ تلزم[1].

---

[1]Hart H.L.A., le concept du droit, deuxiéme Edition augmentée, traduit de l'anglais Michel van kerchov, Bruxelles Facultés de saint-louis, 2005, p.143.

[2]Y. Aguila, Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, R.F.D.C, N°21, 1995, p12.

* «Stratégies Normatives».

[3]Timsit, L'engendrement du droit, R.D.P, 1988, P.56.

[4]Op.cit. P.57.

* «La norme, comme unité signifiant complété et autonome, deux principes dégagés par F. Luchraire (...) le premier, le plus simple, est celui de l'unité de vocabulaire».

[5]Charles Vautrot-Schwarz, La qualification juridique en droit administratif, L.G.D.J.

* «La définition désigne l'ensemble des termes connus dont la combinaison détermine le concept (…) représenté par un terme unique», p.16. (Définition de Lalande cité par L'auteur).

[6] «Les termes juridiques ne font que traduire des notions par les quelles s'expriment des réalités».

وبذلك فإنّ دسترة المفاهيم هي ليست مجرد "ترقية"،بل هي تؤدي وظيفة الضبط والتصنيف. وبالتالي، فهي تجعلها مفهومة وقاعدة ملزمة.

إنّ محاولة التعريف ستعتمد على "المصطلحات" أو "التسميات" الموجودة في الدستور. والحقيقة أنّها "مصطلحات سابقة الوجود في الواقع القانوني (النصوص القانونية التشريعية والتنظيمية)، وكذا في الاجتهاد القضائي للقضاء الإداري.

وهكذا، فمحاولة التعريف الدستوري ستعتمد على التعريفات الموجودة في التعبيرات "التشريعية" والتنظيمية. فهذه التعبيرات تسمح بمعرفة المعنى الموجود وآثاره المعروفة. فتعريفنا سيحاول أن يكشف "حقيقة" و"مضمون" دستوريين.

إنّ ذلك، قد يكرس واقعا سابقا ومعروفا أو قد يظهر بعض المعاني والآثار "الغائبة" أو الغامضة في النصوص.

ومهما يكن، فذلك سيعطي "معنى"، و"إطارا" دستوريا نكتشفه من ثنايا النص الدستوري.

إنّ التحديد الدستوري سيعطي وضوحا وشفافية لمصطلح الإدارة. وبالتالي سيزيل الغموض حول المصطلح إنطلاقا من الطبيعة الدستورية.

إنّ ذلك يحقق له "الصفة" القانونية، وكذا "الطبيعة السامية".

الفرع الثاني: الرهانات

يظهر الرهان دستوريا بالدرجة الأولى (الفقرة الأولى)، لنرصد أثره على الإدارة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الرهان الدستوري

إنّ الرهان الحقيقي، هو الرهان الدستوري بكل آثاره، بالنظر الى دسترة الإدارة العمومية في التعديل الدستوري لـ 28نوفمبر 1996.

إنّ دسترة الإدارة العمومية، بقدر ما تُؤثّر في النظام القانوني للإدارة، فهي تؤثر على قواعد القانون الدستوري من حيث مكانة السلطات العمومية، وكذا سيرها والعلاقات ما بينها، فهذه ملاحظة عن التأثير المنطقي والضروري لذلك التكريس الدستوري للإدارة، وقد لاحظ الأستاذ Vedel أنّ سلوك القاضي الدستوري الفرنسي كان ينطلق من ذلك المنطق، وإنْ لم يعبّر عنه بشكل واضح فقد كتب: «(...) أنّنا

[1]Etienne Picard, préface la thése de Delphine Costa, les fictions juridiques en droit administratif, L.G.D.J, 2000, P.224.

نلاحظ أنّ مسعى القاضي الدستوري كان دائما هو نفسه: فهو لم يحاول أنْ يعيد بناء القانون الإداري، بل أخذ المفاهيم كما هي مكوّنة، وليحاول تحديد ما يهمّ الدستور، من خلال المفاهيم والقواعد التي تحيط بها»[1]*.

فلا شكّ، أنّ ذلك سيسهم في تحديد الإدارة العمومية وتحديد علاقاتها.

إنّ التحديد يسمح بالحسم عبر التمييز الذي سيقيمه بين المصطلح من الناحية الدستورية والاستعمالات الأخرى للمصطلح في العلوم المجاورة كالعلوم السياسية والاقتصادية والإدارية.

فالمصطلحات الدستورية بحكم عموميتها من حيث المجال الواسع لتطبيقها واستقرار في الزمن تسمح بنوع من الاستقرار القانوني[2]. والحقيقة أنّ القانون الإداري مستمر "بالامبريقية"Empirisme،يتطلب حدا أدنى من "التنظير"Conceptualismeفهو بدون تقنين، وعرض الاتجاهات القضائية وهو ما نلاحظه في اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري الذي يحرص على الالتزامات بالاصطلاحات الدستورية.

ومن جهة أخرى، فهو يرتب نتائج من حيث:"التوحيد" و"الترقية" و"التكريس" الدستوريين[3].

وإجمالا فإنّ الحجة الأكثر قوة وحسما هي الاعتبار الدستوري. فإضافة إلى الاعتبارات النظرية والتقنية التي ذكرناها فإن قاضي المجلس الدستوري الجزائري إستقرّ وأكد مرارا على أنّه يجب الحفاظ على "المصطلح" الدستوري وعدم تغييره أو المساس أو استبداله باصطلاحات أخرى أو إضافة مصطلحات غير موجودة[4].

وقد كان أورد ذلك في قراره الأول عندما أستبعد استعمال مفهوم "الهيئات السياسية السامية" لأنّه مصطلح غريب عن المصطلحات الدستورية.

فالمجلس الدستوري حريص على استعمال المصطلحات الدستورية كما جاء في النص الدستوري. ويمكن القول إنّ ذلك أصبح مبدأ من مبادئ سياسته واجتهاداته ومعيارا شكليا لإعمال رقابته.

---

[1]Vedel, A.J.D.A, P.12.

* «Et l'on s'aperçoit que la démarche du juge constitutionnel à été toujours le même; il ne s'est agi de refaire le droit administratif mais de prendre les notions telles quelles étaient constitués et d'essayer de déterminer, dans le jeu des notions et des règles qui les entourent, ce qui intéresse la constitution».

[2]F ,preface Etienne Picard, à la thèse «les fictions juridiques en droit administratif .Delphine costa. LGDJ ; 2000.

[3]Louis Favoreu La constitutionnalisation: ”La constitutionnalisation des différent branches de droit”.P.U.M.1995

[4] القرار رقم 02 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء. لسنة 2004. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

حيث قضي في حيثية في رأيه رقم 02 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء لسنة 2004[1] بأن: "المؤسس ميز القوانين العضوية عن القوانين العادية، من حيث الاصطلاح....."، مما يظهر مدى تشبّثه وإصراره على الاستعمال الدقيق للمصطلحات.

وهو لا يتسامح مع، ولا يقبل حتى استعمال المصطلحات المتشابهة فهو رفض في نفس الرأي أن يحل مصطلح "قانون" محل مصطلح "شرعية" (الحيثية الثالثة من نفس الرأي).

وتدل تلك الأمثلة، وسنورد أمثلة أخرى في مواضع أخرى، على أهمية المصطلح.

فالمصطلح، من وجهة نظر المجلس الدستوري، ينبغي أنْ: «(...) **يعبر بأمانة عن المصطلحات (...) الواردة في (...) الدستور**»، وهكذا، فقد اعتبر أنّ المشرع باستعماله (...) في بعض أحكامه، مصطلحات "صلاحيات" و"سير" و"تسيير" لم يعبر بأمانة عن المصطلحات الواردة في المادة 153 من الدستور[1]، وقد قام باستبدالها، فمثلا بدل "صلاحيات" بـ"اختصاصات".

وفي نفس الرأي، أورد ملاحظة تخص مصطلح "تأسيس" الواردة في نص قانون العضوي المتعلّق بمجلس الدولة، فهو اعتبر انّ تأسيس مجلس الدولة كهيأة دستورية تتم بموجب الفقرة الثانية من المادة 152 من الدستور، وأنّ المؤسس استعمل في المادة 180 من الدستور مصطلح "تنصيب"، وأنّ المشرّع حين استعمل في القانون العضوي، مصطلح "تأسيس"، «**يكون قد أضفى غموضا على المعني الذي يقصده مما يستوجب إزالته**»، وقضى بأن يستبدل "تأسيس" بـ"تنصيب".

وقد تكرّرت نفس الملاحظات في الرأي المتعلّق بالقانون العضوي لمحكمة التنازع[2] حول مصطلحات "تأسيس" و"تنصيب" و"صلاحيات" و"اختصاصات"، فهي لم تعبّر بأمانة عن المصطلحات الدستورية، حيث: «**(...) أضفى غموضا عن المعنى المقصود مما يستوجب إجلاءه**».

وقد تكون الملاحظات المنصبّة حول استعمال المصطلحات فرصة لمعرفتنا لوظائف هذا الحرص الدائم على صحّة استعمالها وإن كان ذلك، في الحقيقة، يعود الى فلسفة المجلس الدستوري في تفسيره لدوره في رقابة المطابقة التي يميّزها عن رقابة الدستورية.

---

[1] رأي رقم 07/ر.ق.ع/م.د/98، مؤرخ في 27 محرم عام 1419 الموافق 24 مايو سنة 1998، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، للدستور.

[2] رأي رقم 06/ر.ق.ع/م.د/98، مؤرخ في 22 محرّم عام 1419 الموافق 19 مايو سنة 1998، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، للدستور.

فقد يكون الاستعمال غير الدقيق لمصطلح «(...) **أضفى معنى مغاير للمعنى المقصود من البند**»، حيث وردت الملاحظة حو مصطلح "التشريع"، وكذلك مصطلح "اختصاصات"، فإنّ (أي المشرع) لم يعبّر بأمانة عن المصطلح، وكذلك كثيرا المصطلحات في آرائه خصوصا.

وتردد نفس الملاحظات المتعلّقة بالمصطلحات، وخاصة استعمالها، فالاستعمال غير الدستوري، أي عدم استعمال المصطلح الدستوري واستبداله يعتبر المجلس الدستوري، دائما، وأنّه يضفي معنى مغايراً للمعنى المقصود من محتوى النصوص.

وقد كان قرار محافظ الجزائر الكبرى المثال الأبرز لإعمال الرقابة الدستورية على أساس المصطلحات الدستورية، فالأمر لا يتعلّق في هذا القرار برقابة مطابقة، كما جرت العادة، بل الأمر برقابة دستورية، ومما نلاحظه، أنّ المجلس وظّف المصطلحات الإجرائية رقابته، دون أن يصرّح بذلك، فقد استند الى غياب المصطلحات التي استعملها المشرّع من النص الدستوري، فعدم ورود مصطلحات "محافظة الجزائر الكبرى"، و"الدائرة الحضرية" كان كافيا للمجلس الدستوري لتأسيس عدم الدستورية، فقد نصت الحيثية على أنّ: «**واعتبارا بالنتيجة، أنّ المشرع حين أنشأ جماعتين إقليميتين تُدْعَيان "محافظة الجزائر الكبرى" و"الدائرة الحضرية" وحدّد قواعد خاصة لتنظيمهما وسيرهما وعملهما يكون قد خالف أحكام الدستور لاسيما المواد 15 (الفقرة الاولى)، 18 (الفقرة الثانية)، 78 (البند التاسع)، 79 (الفقرة الأولى)، 101 (الفقرة الثانية) منه**»، فتلك المواد تحيل الى الجماعات الإقليمية: و78 الى الولاة. وهكذا، يتبيّن لنا اهتمام المجلس الدستوري بالمصطلح، فهو مرتكزه وسنده الأساسي في التأسيس لآرائه وقراراته.

وعموما، يعتبر المجلس الدستوري أنّ استعمال المصطلح يجب أن يعكس بأمانة إرادة المؤسس الدستوري المعبّر عنها في مواده، فلا يملك المشرّع أن يضيف، أو يعدّل المصطلحات الدستورية، فقد ارتأى أنّ إخضاع القضاة بأن يحكموا وفقا للقانون، وإلزامهم بإصدار أحكامهم طبقا لمبدأ الشرعية[1]، يكون المشرّع حين اعتمد مصطلح "قانون"، ومصطلح "شرعية" قد استعمل مصطلحا لا يعكس بأمانة إرادة المؤسس الدستوري المعبر عنها في المادة 140 من الدستور.

اعتمد المجلس الدستوري سلوكا دائما بحذف وإسقاط أي مصطلح غير وارد في الدستور، كما في الدستور، كما في المثال المتعلّق بمصطلح "الإنصاف"، حيث استبعده المجلس استنادا الى أنّ القاضي يخضع لمبدأي الشرعية والمساواة كما جاء في المادة 140 من الدستور، الإشارة الى عبارة الحظوظ، كما جاءت في التعبير الدستوري الذي يُعدّ عدم تقيد بحرف المادة، والذي يعتبره سهوا "يتعيّن" تداركه.

---

[1] رأي رقم 02/ر.ق.ع/م.د/04، مؤرخ في 06 رجب عام 1425 الموافق 22 غشت سنة 2004، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمّن القانون الأساسي للقضاء، للدستور.

فقد قرن المجلس الدستوري بين الالتزام بالمصطلحات الدستورية وإرادة المؤسس الدستوري التي يجب على المشرع الالتزام باستعمالها فينبغي له أنْ «يعبّر بأمانة عن المصطلحات الواردة في الدستور، لإزالة الغموض الذي يضفيه على المعنى المقصود، أو أنّه قد يضفي معنىً مغايراً له، فاستعمالها خارج هذه الحالات يعدّ أحد أوجه عدم دستورية، والتي بأن تحذف تلك المصطلحات أو تستبدل، أو أن تعتبر سهوا يجب تداركه من قبل المشرّع.

ومهما يكن، فإنّ حدود استعمال المصطلح كوسيلة رقابة دستورية، لامحالة مرتبط بكون حرف النص له مقصد وهدف وروح، كما جميع النصوص المعيارية التي يقتضي تفسيرها اللجوء الى النظر في مقاصدها، وبالتالي النظر الى روحها بدل حرفيتها. وهكذا فقد ذكر ذلك في اجتهاد المجلس الدستوري، في قرار توسيع حظوظ المرأة في المشاركة السياسية[1]، فقد اعتبر: «(...) **أنّ تجسيد الأهداف الدستورية مثلما يستمد من روح المادتين 31 و31 مكرر من الدستور** (...)»

والحقيقة، أنّ دراسة المصطلح الدستوري ووظائفه يحتاج الى دراسة مستفيضة ومستقلّة وكان الهدف من إيراد هذه الأمثلة الموجودة في آراء وقرارات المجلس الدستوري هو لتوظيفها لمعرفة ومقاربة المصطلحات الدستورية، وخاصة ما تعلق منها بالإدارة التي تكاثرت في النص الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996.

ويكون بذلك بحثنا في "التعبيرات" والاصطلاحات الدستورية مقتضى دستوريا. وقد نفهم من ذلك متطلبات أخرى تتعلق بوحدة المصطلحات فالمجلس، يهدف إلى الحرص على وحدة لمصطلح، وقد جعله أداة لضبط اجتهاداته.

ولكن الهدف الأساسي للمجلس هو احترام الهرمية الدستورية عبر احترام إرادة المؤسس الدستوري المعبر عنها صراحة في النص، لأنّ المصطلح بالنسبة للمجلس:" يعكس بأمانة إرادة المؤسس الدستوري". (الحيثية 3 من نفس الرأي رقم 02 لسنة 2004)

إنّ المجلس الدستوري يعتبر الالتزام (من قبل المشرع طبعا).بالمصطلحات الدستورية تجسيدا للدستور. فهي إقامة لتلك الهرمية الدستورية.

---

[1] رأي رقم 05/ر.م.د/11 المؤرخ في 27 محرم عام 1433 الموافق 22 ديسمبر 2011 يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدّد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة في: "آراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائري" (1989-2012)، صادر عن المجلس الدستوري، ص 279.

إنّ ذلك يسهم في دسترة لكل المصطلحات التشريعية وبالضرورة المصطلحات التنظيمية. فهو حريص على هذه "الدسترة الشكلية" فالنصوص الأدنى لا تتغذى من الدستور كمصدر مادي بل وكذلك كمصدر شكلي.

إنّ من نتائج الدسترة أنّها تسهم في "وحدة" المصطلحات أفقيا وعموديا في النظام القانوني.

وإذا كان ذلك أمر نسبيا بحكم عدم خضوع معظم النصوص للرقابة بحكم قلة الإخطارات الاختيارية ونقص من لهم الحق في الإخطار.

ورغم الحرص على الاصطلاح الدستوري،من حيث الشكلية، فإنه يخضع للنسبية كأي مصطلح ومفهوم ليؤدي مهمته.

وهذه النسبية، فيما يتعلق بالاصطلاح تبقى قائمة، وهو ما لاحظه الأستاذ Vedel عندما اعتبر أنّ: «(...) الانضباط هو ظاهري فقط Cette rigueur ne serait qu'apparente»، وذلك يعود حسبه إلى كون: «(...) هذه التعريفات القانونية ليست منطقية محضة، وليست حرة مطلقا».

وبالتالي، فإنّالاستاذ**فيديل** يعتبر "التعريفات وظيفية" وهو يفضلها لأنها يجب، من وجهة نظرة: «أن توفق بين التماسك والقابلية للاستعمال لتسهم في إنشاء كائنات قانونية قابلة للفهم والاستعمال»[1][*].

الفقرة الثانية: الأثر على تعريف الإدارة العمومية

والحقيقة، أنّنا نجد صعوبة في استعمال المصطلح استعمالا نظريا، لأنّه ليس الوسيلة الوحيدة المتاحة، من جهة، ومن جهة أخرى، فهل يمثّل كل مصطلح مفهوما بالمعنى العلمي؟، فيتطابقان، فيمكن، بالتالي، استعمالها بصفة تبادلية، بدون حذر، لأنّ المصطلح الدستوري هو جزء من القانون الوضعي الذي هو المادة الخام التي ينبغي صبّها في قوالب نظرية هي المفاهيم كما نعرفها، فنكون، بصدد مستويين معرفيين.

وهكذا، فإنّ محاولتنا النظرية تهدف الى بناء "صرح" دستوري من نتاج المصطلحات المتعلقة بالإدارة عموماً، فهو، سيتميّز، بلا شك بالصدقية، والوفاء لصريح النص الدستوري، فنكون بذلك قد قمنا بإبراز "إرادة المؤسس الدستوري بأمانة"، وهو ما يستجيب للمتطلّب المعرفي الذي يقتضي المفهوم مغطاً لمفهوم النصوص المنتمية للقانون الوضعي، بما في ذلك الدستور، وخاصة عبر تفسيره الرسمي من قبل

---

[1]Vedel, Op.ci. p.66-77.

[*] «La raison en est que les définitions juridiques ne sont ni purement logiques, ni purement arbitraires. Elles sont fonctionnelles et doivent concilier la cohérence et l'utilité pour donner naissance à des êtres juridiques à la fois compréhensibles et utilisables».

قاضيه المؤهّل والذي تعد قراءته هي المعتدّ بها سواء بالنسبة للفاعلين القانونيين من مشرّع، وإدارة وقضاة من جهة، وبالنسبة للباحثين من جهة أخرى.

وأمّا الناحية القانونية،فتسمح لنا بتجاوز إشكالية غياب تعريف قانوني للإدارة والذي فتح المجال واسعا للاجتهاد القضائي لتقديم التعريفات. وقد كان الاجتهاد القضائي متقلباً بحكم مقتضيات التقاضي وخاصة إشكالية معيار اختصاصه.وممّا يجعل الأمر صعبا وغير مستقر.

والحقيقة أنّ القاضي الإداري الجزائري لم يجازف كثيرا في ميدان تحديد معايير اختصاصه، فهد اكتفى بما تقتضيه النصوص القانونية. وهو بالتالي، لم يشارك ولم يقدم أي إسهام في مجال تعريف الإدارة.

إنّ غالبية الفقه الجزائري، لم تقدم تعريفا للإدارة بل كان الأمر يتعلق بتعريف القانون الإداري وقد كانت المحاولة الفقهية الأهم هي تعريف الإدارة من خلال مفهوم المرفق العام[1].

ولم يقدم رجال القانون والباحثين محاولة تعريف للإدارة، إلا من باب التعريف النظري والذي نجده في المراجع الدراسية الموجّهة للطلبة، ومهما يكن، ومن باب أولى، فقد كانت إقامة الصلة بين الإدارة والدستور أمرا مستبعداً، والحقيقة، أنّ نصوص القانون الوضعي الجزائري قد استقرّت على التعامل القانوني مع الإدارة العمومية من خلال الأشخاص القانونية الإدارية، بمناسبة تحديد مجال تطبيق نصّ تشريعي او تنظيمي معيّن وخاصة النصوص المتعلّقة بتحديد اختصاص القاضي الإداري، ولكنّنا نلاحظ أنّ بعض النصوص تستعمل مصطلح الإدارات العمومية كنص الصفقات العمومية، وبدون تحديد دقيق، مجال تطبيق نص معيار معيّن تغطية واسعة مخافة أنْ تفلت بعض الهيئات غير المكيّفة كإدارة عمومية من مجال انطباق النص المعني، وذلك يدل على استعمال "احتياطي" لمفهوم الإدارة العمومية.

ومهما يكن، فقد كانت المحاولات قليلة[2]، فقد أنكر بعض رجال القانون أن تكون للإدارة صلة بالدستور، فقد كتب الأستاذ **يلس شاوش** أنّه: «**بالنسبة للإدارة فإنّ الدستور يجهلها فلا يمنحها أيّة سلطة في الجزائر، وبالخصوص، فإنّه لم يذكرها في الدستور**»[3][*]، مؤكداً لما سبق وأن أثاره من: «**أنّ الدستور الجزائري لم يُحلْ للإدارة تعريفاً، بتاتاً**»[4].

---

[1]Bousoumah (M), Essai sur le régime juridique du service public. R.A.S.J.E.P. 1992, N°2.
[2]Mentri Massaoud, L'administration.
[3]Yelles chaouche Bachir, La relation gouvernement-administration en droit constitutionnel Revue IDARA, N°1, 2000.
[*] «Quant à L'administration, La constitution L'ignore, elle ne lui attribue aucun pouvoir en Algérie, surtout, elle n'est même pas mentionnée dans la constitution ». P.82.
[4]Mahiou, op.cit.

قد يفسر غياب الاهتمام النظري سلوك المؤسس الدستوري والمشرع الذين لم يضطرا إلى ذلك في مختلف الحقب الدستورية. وهو يبدو سلوكا واعيا لكي لا يكبل بتعريفات مسبقة قد تفسر تفسيرات تخرج به عن الإطار والتصور الذي يريده.

ففي ظل دستور 1976، كان الأمر يتعلق بالخلط الموجود بين الدولة والإدارة. فقد كان مفهوم الإدارة يتماهى مع مفهوم الدولة. ومما زاد في ذلكالخلط هو تبني نظام رئاسي.

وخاصة نظام وحدة السلطة باستبعاد مبدأ الفصل بين السلطات،واندماج الدولة والمجتمع باستبعاد الفصل بين السياسي والاقتصادي.

حيث قام الأستاذ محيو بمحاولة تعريف الإدارة[1] بشكل عابر، فقد كان التساؤل يدورحول علاقة الإدارة بالتنمية، فهو قد انتقد التعريف المنطلق من هيمنة النموذجالليبرالي القائم على التعارض بين الإدارة والقطاع الإنتاجي، ولم يقدم العميد محيو محاولة للتعريف، ولم يستند إلى الخلفية الأيديولوجية ولا إلى النص الدستوري لـ 22 نوفمبر1976 الذي دسترها، فهو قد أكتفى بنقد: «هذا السلوك وهذه الانفصالية المثقلة بالمعاني»*.

وقد بقي المفهوم مبهما حتى مع القطيعة الايديولوجية والقانونية التي دشنها دستور فيفري 1989، وهو أمر مستغرب لانّ الإصلاح الذي مهّد لهذا الدستور أنطلق من إصلاح الإدارة بفصلها عن القطاع الاقتصادي للدولة (قوانين 12 جانفي 1988).

إنّ البحث عن المفهوم عبر دلالات التعابير الدستورية، يعبر عن الاهتمام بإيجاد مفهوم موحد يبرر لوحدة القانون الإداري عبر موضوعه وكذلك عبر ميدانه. والحقيقة أنّ المصطلحات يمنحنا الحد الأدنى في بحثنا عن المفهوم.

وقد تفطّن رجال القانون الفرنسيين، ابتداء بـ Eisenmann عندما اعتبر أنّ وحدة القانون الإداري توجد في إطار "وحدة الإدارة"[2]، والتي كرّسها Chapus بتمييزه بين "القانون الإداري" و"قانون الإدارة"[3].

وقد تطوّرت مسألة تعريف الإدارة، حيث أصبح تعريفها متميّزاً عن مجال تعريف القانون الإداري.

فالتعبيرات أو الألفاظ الدستورية تُعطِى أساسا نصيّا بدل التصورات السياسية والفلسفية، فهذه الأخيرة تغذي تعريفات مادية تتميز بعدم الاستقرار، والتي كانت محل الانتقاد الأساسي الذي قدّمه Vedel وانطلق منه أي انتقاد المفاهيم المادية لتعريف الإدارة والقانون الإداري[1].

---

[1]Chapus, op.cit.
[2]Cité par Emmanuel Breen, le doyen Vedel (1910-2002), R.F.D.A, mai-avril, 2002, P.1236
[3]Chapus, le Service public et la puissance publique, R.D.P. 1968. P.236-237.

ففي الألفاظ سنجد خلاصة (synthèse) للقانون الإداري. فهي تسمح لنا بتجميع عناصر القانون الإداري في إطار قانوني متميز عن باقي النظام القانوني.

وهو يسمح أيضا بإعطاء مضمون للقانون الإداري عبر الدستور. فهي تتموضع داخل الدستور. فيعطي لها ذلك معنى وإطاراً. وهو يصلها بتنظيم السلطات العمومية وبالحماية والحفاظ على الحقوق والحريات.

إنّ ذلك يسمح بإعطاء صورة أبسط وأوضح. ويجنب القانون الإداري غموض الحلول القضائية وأزمة المرفق العام والبعثرة التي أصابته في طبيعته وفي نظامه القانوني[2].

والحقيقة أنّ الدستور، وإن اِقتضى التفسير من قبل القضاء (الدستوري طبعا) ومن قبل رجال القانون، فإنّه يكشف ويوضح الرهانات الإيديولوجيةوالسياسية للقانون الإداري.

ففي الجزائر،فإنّ التعديل الدستوري لـ23فيفري 1989،قد أخفى أبعاده الإيديولوجية، فقد قام بإسقاط الشرعية عن الحزب الواحد وتم فصله عن الدولةوخاصة قام بإسقاط الاشتراكية كأساس للنظام[3].

فبعد ما كان: «(...) النظام التأسيسي الجزائري يقوم على مبدأ الحزب الواحد» (المادة 94 من دستور 22 نوفمبر 1976)، انتقلت الى التعددية السياسية، والتي أدّت الى التحول من: «جبهة التحرير الوطني (...) الحزب الواحد في البلاد» (المادة 95 من دستور 22 نوفمبر 1976)، والذي هو: «(...) القوة الطلائعية لقيادة الشعب وتنظيمه من اجل تجسيم أهداف الثورة الاشتراكية» (المادة 97 منه).

وقد كانت لهذه المبادئ المدسترة في دستور 1963، و1976 أثر على تنظيم السلطات حيث: «تتجسّد قيادة البلاد في وحدة القيادة السياسية للحزب والدولة» (المادة 98 من دستور 1976)، والتي يضطلع رئيس الجمهورية بها أساسا فهو الذي: «يجسّد وحدة القيادة السياسية للحزب والدولة» (المادة 111/ مطة 2).

ومما نلاحظه في مضمون الأحكام الدستورية لدستور 22 نوفمبر 1976 إقراره وتنظيم للتلازم بين مبدأ وحدة الحزب والدولة وتحقيق الاشتراكية، وقد كانت تلك المعاينة قد لاحظها الأستاذ، أنّ: «**ظاهرة**

---

[1]J. Vedel, la base constitutionnelle du droit administratif, in : les pages de la doctrine, 1980.
[2]Rainaud, la crise du service public, Que-sais-je ?, 1999.
[3]Allouache, laggoune, La révision constitutionnelle du 23 février 1989 : enjeux et réalités, R.A.S.J.E.P, 1990.

الحزب الواحد في الدول الاشتراكية تظهر كأحد المكونات الضرورية للنظام السياسي كما هو الحال بالنسبة لاشتراكية وسائل الإنتاج والإيديولوجية الماركسية – اللينينية»[1].

وكذلك التأثير في نظام الوظائف السامية حيث أنّ: «الوظائف الحاسمة في الدولة تستند الى أعضاء من قيادة الحزب» (المادة 102).

والحقيقة، أنّ دسترة التعددية اقتضت منطقا جديدا يهدف إلى الفصل بين الحزب والدولة، وهو يبدو أثرا منطقيا وواضحا، وقد قامت حكومة الإصلاحات بمجموعة من الإجراءات ذات الطابع الإداري ولم نعثر على أي نص ذي طبيعة تنظيمية أو تشريعية ينظمها، ومهما يكن، فلم تكن تلك الوحدة إلا وحدة سياسية، فهي: «**تعمل (أجهزة الحزب وأجهزة الدولة) في إطارين منفصلين وبوسائل مختلفة من أجل تحقيق أهداف واحدة**» (المادة 101)، والذي رتّب عليه المؤسس الدستوري آثارا بمنع: «(...) أنّ تتداخل اختصاصات كل منهما (...) أو تختلط ببعضها». (نفس المادة/ الفقرة الثانية)، ولكن ذلك الاندماج الحاصل بين الحزب والدولة والخلط بينهما ظَلّ قائما بحكم وضع الحزب لمناضليه على رأس هياكل الدولة، والذي يفسّر صعوبة الفصل، وصعوبة التمفصل بين ما سماه Gerard Timsit[2] الهيئات الدستورية والإدارية، وليتبنّى رأي Jeun Leca في صعوبة التي تلقاها إدارة التنمية في وضع جهتين هرميتين، للدولة من جهة، وللحزب، من جهة أخرى، بأشخاص مختلفين.

وقد كرّس القاضي الإداري الأخذ بآثار ذلك الفصل، والذي يمكن تفسيره على أنّه ذو طابع دستوري فقد قضى بعدم اختصاصه على أساس أنّ قرارات اللجنة الوطنية لاسترجاع ممتلكات الدولة تعدّ عملا حكوميا، في رد على طلب محافظة بسكرة لحزب جبهة التحرير الوطني[3].

وقد جاء القرار في ذروة الأزمة بين الحزب والدولة، والتي اكتسب طابعا سياسيا حاداً، وخاصة وأنّ القرار القضائي جاء في فترة شهدت اختلافا بين سياسة الحزب بقيادة الإصلاحيين، وقيادة الدولة، أي السلطة التنفيذية بقيادة غير خاضعة لها سياسيا، رغم أنّ الأمر يتعلّق بالفصل بين أملاك وموظفي ومالية الحزب عن أملاك وموظفي ومالية الدولة الذي باشرته حكومة الإصلاحات، فقد رأت في ذلك انعتاقا للدولة من جهاز الحزب، الذي أصبح جزءا من الإدارة، ممّا يوجب الإصلاح، فقد تزامن إصلاح الدولة والإدارة مع إصلاح الحزب.

---

[1]Gelard Patrice, le phénomène du parti unique dans les Etats socialistes. In: "Mélanges Léo Hamon", "Itinéraires".

[2]Gérard Timsit, Eléments analyse des systèmes d'administration publique: le cas de l'administration de développement in: Mélanges Eisenmann.

[3] قرار قضية محافظة حزب جبهة التحرير الوطني لبسكرة، 1992.

وقد كان ذلك مقدمة للتغييرات اللاحقة والتي كان رهانها الأساسي هو التغيير الذي مس الدولة ودورها. فمن دولة تسعى إلى بناء الاشتراكية عبر بناء علاقات إنتاج جديدة غير علاقات الإنتاج الرأسمالية، إلى دولة قانون تهدف إلى حماية الحقوق والحريات الفردية.

فقد كان الرهان الأساسي هو إسقاط الشرعية عن نمط من الدولة La disqualification d'un type d'Etatهذه الدولة القائمة على أساس صريح من اعتبار الملكية هي أساس النظام الاجتماعي، تم استبدالها وتأسيس نظام ودولة قائم على الفصل بين صفتها كمالك وصفتها كسلطة عمومية[1].

وقد كان الناتج التخلّي عن دور الدولة في مجال التنمية حيث كان: «يحظى النظام الاجتماعي والاقتصادي الذي ترتكز عليه الاشتراكية، بالتطوير المستمر (...)» (المادة 3/11 من الدستور 22 نوفمبر 1976)، والذي جاء فيه: «**تعود الى مؤسسات الحزب والدولة مهمة تحقيق هذه الأهداف المتكاملة المتلازمة**» (المادة 12/ الفقرة الثانية)، فقد أسقط الفصل الثاني من الباب الأول المعنون بـ: "الاشتراكية" (من المادة 10 الى المادة 24 منه) والذي يعدّد الأهداف والوسائل والثورات الثلاث، وكذا التوازن الجهوي التنموي.

وقد حظيت بالأولوية الشكلية، سابقاًالفصول المتعلّقة تباعا بالدولة (الفصل الثالث) ليليها الرابع المعنون بـ: "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن"، حيث أوكلت للإدارة (السلطة التنفيذية) المتماهية مع الدولة في نظام الدمج بين السلطات السياسية، وكذا الدمج بين السياسي والاقتصادي، المهمة الأساسية لإدارة التنمية، بحكم حالة التخلّف.

وقد حُمّلت الإدارة عبء التنمية في الجزائر، بهياكل موروثة عن الإدارة الاستعمارية[2]، والتي عمّقت البيروقراطية حيث أصبحت جهازا بيروقراطيا، وبحكم عجزه عن تحقيق الأهداف الدستورية المنصوص عليها صراحة من التنمية المستقلّة، والعدالة الاجتماعية والتوازن الجهوي، اقتضى الأمر المرور الى تصورات جديدة حملتها الإصلاحات الجديدة[3] التي منحت للإدارة العمومية مهام جديدة تدور حول: الضبط خصوصا، والتي كرّستها التعديلات الدستورية، ودشنها دستور 23 فبراير 1989 وعمّقها دستور 28 نوفمبر 1996.

فالتعديل الدستوري مسّ أساسا الإدارة في مركزها القانوني وفي دورها.وبذلك، يكون القانون الإداري أكثر القوانين تأثرا بالتغيير الدستوري.فقد مسّ أسسها والمسلمات والمبادئ التي يقوم عليها.

---

[1]Les cahiers de la réforme, E.N.A.G, 1988.
[2]Mahiou Ahmed, administration et développement in : "Etudes de droit public", O.P.U 1984. P.53.
[3]Les cahiers de la réforme, Op.cit.

فالقانون يظهر، من وجهة نظر ماركسية، من طبيعة توظيفية nature instrumentale فهو يخفي التناقضات التي تطبع الواقع وبالتالي الصراعات التي تنتج عن علاقات الإنتاج. فهو يغذيها ويبقيها بواسطة الإكراه La contrainte[1].

والقانون الإداري ذو طبيعة إيديولوجيةبامتياز،فهو القانون الذي تحاول به السلطة إضفاء الشرعية على الدولة عن طريق إدارتها.

فالقانون الإداري بالمفاهيم التي يحملها كالمصلحة العامة والنظام العام يسمح للقوى الاجتماعية بإيجاد حد أدنى من "التوافق"Le consensus[2] وهو يكتسب نوعا من "الاستقلالية" تجاه الجميع[3].

إنّ جميع التساؤلات التي ستثار سوف تبحث عن كيفيات التوفيق بين متطلبات الإدارة ومتطلبات المجتمع. ويكون بالتساؤل حول كيفية تحديد وتنظيم العلاقات بين الدولة والمجتمع.

فتدريس القانون الإداري في فرنسا، ينطلق من فكرة استقلاليته مما أدى إلى تصور قانون إداري محايد وغير متأثر بالتاريخ وبالأيديولوجية. فهو قانون يتغذى من إيديولوجية الإدارة. أي إيديولوجية الصالح العام، ولكن بقواعد خاصة بها[4].

أمّا في الجزائر، فإنّ الدراسات الفقهية التي نشأت عن إشكالية الإدارة والقانون الإداري قليلة، وكانت بمستوى جيد من الطرح والوضوح، حيث يتناول معظم رجال القانون إشكالية معيار اختصاص القاضي الإداري، حيث كرّس المعيار العضوي، بما يبرزه من تبنّي حل بسيط من الناحية القضائية، وقد قدّ أقام الأستاذ بوسماح الصلة بين اختصاص القضاء الإداري ومجال القانون الإداري[5] والآثار المترتبة عنه من حيث تعريف الإدارة تعريفا عضويا.

وهكذا، فإنّ من النتائج المتوقّعة من تحديد الدستور الآثار المتعلقة بنزاعات الإدارة، وخاصة ما يتعلّق بقاعدة الربط بين الاختصاصات والمضمون liaison entre la compétence et le fond، حيث سبق للأستاذ Chapusأنْ علّق على قرارات Blanco، فالنزاع يتعلّق بعمل الإدارة[6][*]، حيث يرى Trichet شرط القاعدة الربط بين اختصاص والموضوع أنّه يقصد بـ "الموضوع" القواعد المطبّقة، ولكنّه، سيكون موضوع الإخطار، إذا كان يحيل اليه، بكل بساطة.

---

[1]Demichel André, Le droit administratif Français. Essai de réflexion théorique, L.G.D.J. 1978.
[2]Rainaud, Op.cit. P.19.
[3]Benoit Francis, L'autonomie du droit administratif.
[4]Jaques chevalier, Les fondements idéologiques du droit administratif. P.U.F.1979, variations autour de l'idiologie de l'intérêt général.
[5]Boussoumah, Essai, Op.cit.
[6]Truchet, P.1776.
[*] «(…) le procès met en jeu un acte d'administration, c'est en considération de cet acte et non du régime qu'ilconviendrait d'appliquer».

نستنتج أنّ المعيار الدستوري اختصاص القاضي الإداري هو: «أعمال السلطات الإدارية» كما جاء في المصطلح المكرس في المادة 143 من الدستور، مما يُظهر أنّ المصطلح الدستوري يؤدي وظيفة معيار الرقابة القضائية، ويحسم الجدل.

يبرز لنا هذا المثال الأهمية القصوى لإصلاح الدستور.

فقد تناولها الأستاذ بوسماح في إطار "المؤسسة الاشتراكية[1]" وفي دراسته حول المرفق العام.

وقد طرحت الإشكالية حول الإدارة في علاقاتها مع القطاع الإنتاجي ودورها في التنمية[2]، وكذلك علاقتها مع القطاع الخاص في موضوع الرقابة الإدارية على المؤسسة الخاصة[3]، وخاصة دراسة (أطروحة) الأستاذ باباجي حول القانون الإداري الجزائري[4].

إنّ أهمية هذه البحوث تكمن في الطرح الذي يظهر لنا مادة القانون الإداري عبر تأثير الأسس السياسية (المبادئ الاشتراكية، الحريات) وكذا التطورات المرتبطة بها والتي تتغذى من التغييرات السريعة على مستوى الدولة والمجتمع.

وبالمقارنة، فإنّنا نستطيع أن نستخلص الشرعية التي تغذي البحث في محاولة بناء مادة القانون الإداري على أساس الدستور بحكم أنها المعبر عن "الإرادة العامة" بدل من القانون[5].

نخلص الى نتيجة بالغة الأهمية، والتي ينبغي التأكيد عليها وهي وجود المصطلح ودسترته بشكل معزول عن نظامه القانوني. وهكذا، فهو يوجده ويُعرّفه بدون ربطه بامتيازات السلطة العامة كما فعل ذلك العميد Vedel، وكما اقترحه المرسوم الصادر في 1984 المتعلق بشروط بسط العلم الوطني.

فصعوبة التعريف القانون، تجعلنا نبحث عنه في الإصلاحات الدستورية (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: الإدارة في الاصطلاحات الدستورية:

تتواجد الإدارة "بكثافة" في النص الدستوري(الفرع الأول) مما رتب آثارا مهمةلعناصر نظامها القانوني (الفرع الثاني).

---

[1]Boussoumah, L'entreprise socialiste en Alegrie, O.P.U. 1982.

[2]Mahiou, Op.cit.

[3]Laggoune Walid, Le contrôle de l’Etat sur l’entreprise privé industriel,les éditions internationales.1996.

[4]Ramdane Babadji, Le droit administratif en Algérie, gènes et mutation.

[5]Georges Vedel, Légalité et constitutionnalité, les cahiers du conseil constitutionnel, 1997.

الفرع الأول: التواجد "المتزايد"

وبالعودة إلى النص الدستوري، يمكن حصر تعابير بوجود ضئيل قبل تعديل 1996(الفقرة الأولى)،وتكثف ذلك الوجود في تعديل 28نوفمبر1996(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قبل التعديل الدستوري 1996: وجود "مستتر"

رغم السمات المتشابهة من حيث وجود المصطلح (1) فهناك قطيعة (2).

(1) ففي دستور 1963، تتواجد مصطلحات "مجموعات إدارية" تتكون منها الجمهورية (المادة 09) وأن: «المجموعة الإقليمية الإدارية، الاقتصادية والاجتماعية القاعدية هي البلدية» (المادة 2/9)، فلم يستعمل المؤسس الدستوري عبارة الإدارة إلا بِشكْل هامشي وبالكاد يذكر، فقد كان عمر الدستور الأول قصيرا. وكان مضمونه ضئيلا فيما يتعلق بالمادة الإدارية، وهو أمر طبيعي، فيعود الأمر لحداثة الدولة. وقد حل محله أمر 10 جويلية 1965الذي تطورت في ظل الإدارة العمومية والقطاع العام تطورا كميا ونوعيا كبيرا.

يكتسي دستور 10 سبتمبر 1963 أهمية سياسية، ورمزية، فقد كان أول دستور للدولة والجمهورية الجزائريتين[1]والذي تمّت الموافقة عليه باستفتاء 8 سبتمبر 1963، وكان ذلك بعد النقاشات المشهورة في المجلس التأسيسي.

وبقراءة دستور 1963 نلاحظ غياب المصطلح الدستوري للإدارة، إلا ما تعلّق بوصف المجموعات بكونها إدارية، فقد كيّفها، ولم يحدّدها، واكتفى بذكر البلدية التي تعد المصطلح المذكور بقوة في النص الدستوري فقد اعتبرها: «المجموعة الإقليمية الإدارية، الاقتصادية والاجتماعية القاعدية (...)» (المادة 09/ الفقرة الثانية)، فكل ما يتعلّق بالإدارة، يوجد "ضمنيّا" في إطار المصطلحات المكرّسة دستوريا كالحكومة، والسلطة التنفيذية التي استندت الى رئيس الدولة الذي يحمل لقب رئيس الجمهورية (المادة 39/الفقرة الأولى)، فإذا كان بإمكاننا أن نستنتج تعريفا للإدارة العمومية من الوظيفة التنفيذية التي يتولّها رئيس الجمهورية، فهي، بالتالي، مندمجة في تلك السلطة التنفيذية.

والحقيقة، أنّ المؤسس الدستوري، أقام نظاما رئاسيا، هو نتيجة للمزج بين نظام برلماني ورئاسي، والذي يبرز تأثّر المناضلين المؤسسين بالثقافة الدستورية الناتجة عن دستور 1946 للجمهورية الرابعة الفرنسية، ويبدو أنّ تأثرهم بدستور أكتوبر 1958 كان ضئيلا إلّا ما تعلّق بالتأكيد على وحدة الدولة وخاصة سلطة رئيس الجمهورية، الذي يعدّ رئيس الحكومة، ورئيس مجلس الوزراء (التي تظهر ذلك التأثر

[1] منشور في الجريدة الرسمية رقم 64 بتاريخ 10 سبتمبر 1963، ص 887.

بالنظام البرلماني)، حيث أنّه لم يستعر منه ما جاء في المادة 20 من امتلاك السلطة التنفيذية للإدارة والقوة العمومية واكتفى في المادة الثامنة منه (08) بالنص على أنّ: «(...) **الجيش الوطني شعبي (...) موضوع تحت تصرّف الحكومة**» (08/ الفقرة الأولى)*، وهو لم ينص على نفس الحكم، بالنسبة للإدارة العمومية.

وكان تأسيس المجلس الدستوري أهم إسهام لدستور 10 سبتمبر 1963 الذي تمّ بواسطة المادة 63 التي نصّت على أنّه: «**يتألف (...) من الرئيس الأول للمحكمة العليا، ورئيس الغرفتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا وثلاثة نواب تعيّنهم الجمعية الوطنية وعضو يعيّنه رئيس الجمهورية**».

لم يكن لتلك الهيئة وجود ولا نشاط، فلم نعثر على ما يفيد بذلك، ولكنّنا يمكن القول بتأثير الدستوري على المادة الإدارية، وتجسيده ذلك في قرار شركة S.A.I.Dضد والي الجزائر أثيرت المادة العاشرة من دستور 10 سبتمبر 1963 والتي تبرز استعمال المصطلح الدستوري من قبل الفاعلين القانونيين، والإدارة خصوصا، في هذه الحالة.

فقد صدرت الأوامر الأساسية التي تؤسس للإدارة العمومية في جميعأشخاصها، وفي نظامها.حيث صدرت الأوامر المتعلقة بالبلدية والولاية،خاصة التي تتعلق بالإدارة العضوية، وكل النصوص المتعلقة بنشاط الدولة في مجال المؤسسات الاقتصادية (التسيير الاشتراكي للمؤسسات)، بما يمكن اعتباره نشاطا ماديا للإدارة يختلط بالنشاط الاقتصادي.

وقد كان أمر جويلية 1965 محاولة لملء الفراغ الدستوري، رغم تكييفه من بعض رجال القانون بكونه "دستورا صغيرا" استنادا الى معيار مادي لكون موضوعه يتعلّق بتنظيم السلطات، ومهما يكن، فقد كانت فترة الفراغ الدستوري غنيّة من الناحية القانونية من حيث إنشاء المفاهيم "الاشتراكية" ومحاولة إحلالها محل المفاهيم "الليبيرالية" وما رافقها من المجهود الفكري لمحاولة وصد وتفسير ذلك النظام القانوني الكثيف، والذي نلاحظ فيه غياب المصطلحات المتعلّقة بالإدارة العضوية، فقد كانت النصوص والممارسات والخطاب السياسي والبحث العلمي تفرض المفاهيم التي ترصد المرحلة كالمؤسسة الاشتراكية[1] أساسا التي كانت تمثّل نواة الحياة الاقتصادية والسياسية[2]، والتي فرضت مفاهيم طمست المفاهيم المألوفة في القانون الإداري الكلاسيكي.

* Article 8/1 : «l'armée nationale est populaire, (…) elle est (…) aux ordres du gouvernement».

[1]Boussoumah, L'entreprise socialiste en Algérie, O.P.U. 1982.

[2]N. Saadi, La gestion socialiste des entreprises, O.P.U. 1986.

ورغم ذلك، فقد قاومت تلك المعايير الكلاسيكية للقانون الإداري عبر التواجد في النصوص الأساسية للصفقات العمومية، والوظيف العمومي[1] حيث أنّ عملية الاستبدال للمصطلحات كانت شكلية.

وقد كانت المصطلحات المكرّسة في هذه الفترة أكبر الأثر في الدسترة اللاحقة، فقد قام المؤسس الدستوري لـ 1976 بدسترة تلك المصطلحات مما أكسبها قيمة قانونية، وكان لها أنّ تؤثر في باقي النظام القانوني للإدارة.

وقد جاء دستور 22 نوفمبر 1976 كثيف المادة، مع مضمون مختلف عن دستور 10 سبتمبر 1976 رغم الاستمرارية من حيث التوجّه الإيديولوجي، حيث تميّز بالدسترة الكاملة لكل عناصر النظام القانوني، وخاصة القانون العام، بكثير من التفاصيل.

وهكذا، فقد كان استعمال مصطلح "دولة" أكثر كثافة. فابتداء من المادة الأولى التي تنص على أنّ "الدولة الجزائرية دولة اشتراكية" وهي "الدولة الجزائرية دولة ديمقراطية الشعبية" وهي في خدمة الشعب (المادة 26 منه). فالدولة ديمقراطية في أهدافها وتسييرها" (المادة 27) وتهدف إلى "التغيير الجذري للمجتمع" (المادة 28). عبر ملكية الدولة (المادة 14).

وهي الدولة التي تستند إلى: مبدأ اللامركزية القائم على ديمقراطية المؤسسات والمشاركة الفعلية للجماهير الشعبية في تسيير الشؤون العمومية". (المادة 34) وذلك:"داخل إطار وحدة الدولة". (المادة 35).

وكذلك المادة 37 و47 التي تذكر: "وظائف الدولة"،بمفهوم معين للموظف العام وحسب معايير التحاق خاصة ترتبط بمعايير إيديولوجية تحت ما سماه الدستور "النزاهة والكفاءة والالتزام" (العودة إلى دستور 76).

وتذكر الدولة في الفصل الرابع المتعلق "بالحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن" فالدولة موجودة كضامنة للحقوق في عدة مواد (المادة 62):"الحق في العمل والحقوق الأخرى الكثيرة".

ويبدو أنّ هناك تناقضاً بين الوجود القوي للإدارة بحكم التوجه الاشتراكي وغياب المصطلح دستورا. وهو أمر منطقي،بالنظر للاحتياجات الإيديولوجية.فالإدارة هي سلطة مستقلة ومنفصلة كمفهوم هو نتاج الليبرالية القائمة على فكرة الفصل[2].في حين أننا بصدد تصور دولة مندمجة قائمة على وحدة السلطة السياسية والاقتصادية كخيار واعٍ.فالإدارة ملتصقة بالحزب، فهناك وحدة من القمة فرئيس الجمهورية هو الأمين العام للحزب ليستجيب على كل المستويات.وينبثق ذلك من وحدة الأهداف: تحقيق الاشتراكية فـ:"

---

[1] تغييرات كثيرة ومتسارعة.

[2] Albert Morand, op.cit. p.21.

تعود إلى مؤسسات الحزب والدولة مهمة تحقيق هذه الأهداف:تحقيق الاشتراكية المتلازمة" المادة 12 من دستور 1976.

إنّ نتائج ذلك انصرفت إلى كل مفاهيم القانون الإداري، ويمكن أن نذكر أهم مثال لذلك. هو الوظيف العمومي،فقد تم إنكاره وذلك بدمجه في إطار موحد (القانون78-12 وهو المتعلقالمتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل)[1] وقد اعتبر الموظف عاملا، وحتى الموظفون السامون فهم "عمال يتولون وظائف سامية". وكذا نظام الأملاك العمومية[2].

وقد كان غياب الإدارة عن دستور 22 نوفمبر 1976 ملفتا للنظر فيما تعلّق بالقضاء، فهو لم يدستر رقابة الشرعية المكرّسة في النصوص ذات الطابع التشريعي (أمر 66-133 المتضمن الإجراءات المدنية) على الأعمال الصادرة عن السلطات الإدارية، واكتفى بالنص على اختصاصات المجلس الأعلى بالنظر في قضايا الطعن في النصوص التنظيمية (المادة 178)، فقد كانت الإمكانية قائمة لذلك التكريس الشكلي للإدارة العمومية، التي نص الدستور على سلطتها التنظيمية وعلى بعض هيئاتها كالحكومة ومجلس الوزراء، ولم يذكرها صراحة.

ومما يسجّل في هذه الفترة غياب النص على الرقابة الدستورية، مما حرم النظام القانوني من ذاكرة قانونية حيّة، رغم محاولة تأسيسها بطلب من هيئات الحزب.

وقد أحدث التعديل الدستوري لـ 23 فبراير 1989 قطيعة مع دستور 22 نوفمبر 1976، وخاصة على مستوى الإصلاح، فقد تمّ تركيز مجهود فكري وسياسي كبير لإحداث قطيعة في الخطاب السياسي والقانوني بالاستعمال المكثّف للمصطلحات الجديدة خاصة مصطلح "دولة القانون"[3] و"حقوق الإنسان"، و"دستور القانون" بدلا من "الاشتراكية" و"الدولة الاشتراكية" و"المجتمع الاشتراكي".

(2) ففي دستور 1989، فإننا نجد نفس التعبيرات فيما يتعلق بتنظيم السلطة التنفيذية وإن قلت بحكم التوجه الجديد. ولكن مصطلح "الإدارة" أقل تواجدا، رغم القطيعة الإيديولوجية والقانونية.

فإنّنا نجد مصطلح "الدولة" الذي يتماهى في بعض الأحيان، مع مصطلح "الإدارة" كالدولة "المسؤولية على أمن كل مواطن" (المادة 23) والتي "يعاقبها القانون في استعمال سلطتها" (المادة 22) والتي لا تكون " الوظائف في مؤسساتها مصدرا للثراء" (المادة 21) والتي تستفيد من نزع الملكية (المادة 20) والتي تخضع للرقابة القضائية (المادة 134) والتي تخضع لرقابة مجلس المحاسبة (المادة 160) والتي تملك أملاكا عمومية وخاصة (المادة 17).

---

[1] BRAHIMI (med), SG T et les administrations publiques : publique, O.P.U.
[2] Rahmani (Ahmed), changement politique et droit de propriété publique, IDARA, N°2, 1991.
[3] خطاب الرئيس شاذلي بن جديد.

والحقيقة، فإنّ وجود الإدارة في نص دستور 1989 كمصطلح يبدو ضئيلاً ولكنه، ورغم ذلك، يرسم إدارة تستجيب لمتطلبات القانون أساسا،وتدعم ما كان مكتسبا من قبل سواء في النصوص القانونية أو ما كان مكرسا في دستور 1976.

فهي تظهر كإدارة خاضعة للقانون،وبخضوعها للرقابة القضائية والمالية أكثر منها هي إدارة تتمتع بالسلطة والامتيازات.

والحقيقة أنّنا نستنتج معالم هذه الإدارة الجديدة من مهامها الجديدة التي هي تحوير لدورها، فقد أصبحت الدولة التي تسهر على الحريات والمساواة.كما تنص على ذلك المادة31، بدل الدولة التي تسعى الى تغيير علاقات الإنتاج وإنشاء مجتمع اشتراكي كما في دستور نوفمبر 1976.

ومما نلاحظه، أنّ قرارات المجلس الدستوري والتي أسست لمفهوم الإدارة كسلطة تنفيذية مستقلة قد جاء في دستور 1989، وبذلك فإن إسهام دستور1989تمثل في منح الأساس والإطار الضروريين لتأسيس الإدارة في إطار التوجه الجديد، والذي تجسد في اجتهادات المجلس الدستوري.

وقد غاب عن دستور1989 ترتيب كل نتائج انبثاق الإدارة، وخاصة من حيث تكريس المصطلحات المتعلّقة بالسلطة الإدارية فما زال الاندماج العضوي والوظيفي بين السلطة التنفيذية والإدارة العمومية قائما، وليخفي تلك الإدارة المتوارية وراءها، وقد كانت محاولة تكريس المصطلح المتعلّق بالإدارة مجسّدة في المادة 134 من دستور 23 فبراير 1989 التي نصّت على أن: «**ينظر القضاء في الطعن في <u>قرارات السلطات العمومية</u>**»، فلا شك في أنّ نيّة المؤسس الدستوري انصرفت الى تكريس الرقابة القضائية على جميع الهيئات والسلطات الإدارية لتصحيح القصور الذي صيغت به المادة 178 من ستور 22 نوفمبر 1976 والذي أقصر الرقابة القضائية على اختصاص المجلس الأعلى (المحكمة العليا) في النظر في القرارات التنظيمية، ولكنها لم توفق في الصياغة فبدل وضع مصطلح "السلطات الإدارية" وضع بدله مصطلح "السلطات العمومية"، مما أجّل تكريس الوجود الدستوري للإدارة عبر الاصطلاح.

وقد يفسر ذلك باعتبارين،فأما الاعتبار الأول،وهو واقعي، ويتعلق بظروف صدور الدستور الجديد،فقد صدر بطريقة متسرعة نتيجة لتضافر عاملين: الضغط الاجتماعي المطالب بالتغيير وإرادة التغيير القوية الموجودة لدى "نخبة الإصلاحيين" المحيطة حول الرئيس. والعامل الثاني وهو طغيان التخوف من العودة إلى النظام القديم عبر بوابة إدارة قوية. فالوجود الضئيل هو انعكاس لذلك الهاجس، وقد طال حتى سلطة رئيس الجمهورية، فهو لم يعد يتمتع بسلطة التشريع بأوامر، كما في دستور1976،والذي تم إعادته في دستور1996.

فجميع ما يرتبط بالإدارة من سلطات وهيئات تم إضعافها وتغييبها. وقد امتدّ ذلك الى ما لوحظ من قلة الاصطلاحات المتعلقة باللامركزية في دستور 1989 مقارنة بدستور 1976.

ومهما يكن،فإن الإدارة موجودة ضمنيا،وإن لم تظهر شكلا من خلال وجود المصطلحات المتعلقة بها في النص الدستوري. فالتعديل الدستوري الذي كان امتدادا لإصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية حمل تصورا لدور الإدارة، بالضرورة.فهي تستمده من التصور الدستوري الجديد الذي يؤثر،منطقيا،على الإدارة في مكانتها القانونية وفي وظيفتها.

والمفارقة أنّ الدستور لم يتناول المؤسسة الاقتصادية العمومية إلا بطريقة غير مباشرة عبر المادة 17 من الدستور. وهو ما سنتناوله في النقطة المتعلقة بالمرفق العام.

وقد كانت هذه النقاط من المسائل التي تناولها التعديل الدستوري لـ 1996،وكان إسهامه هو الأهم في توضح ذلك عبر قوة وجود الاصطلاح المتعلق بالإدارة في تعديل28 نوفمبر 1996(الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: تعديل 28نوفمبر 1996:وجود "ظاهر"و"مكثف"

لقد أسس دستور فبراير 1989 لمبادئ ولتصور الإدارة الجديدة المنبثقة من إعادة تحوير دور الدولة الذي هو تجسيد لطبيعتها الليبرالية.فلم يصاحب عملية الانتقال المعياري عملية انتقال مؤسساتي،ويظهر ذلك من حيث عدم الأخذ بمتطلبات الانتقال في بعض آلياتها ومؤسساتها.

وكان التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 فرصة للأخذ بعين الاعتبار،لكثير من المتطلبات الكثيرة المنطلقة من الطلبات السياسية الجديدة الناجمة عن تعثر الانتقال المزدوج نحو الديمقراطية واقتصاد السوق.فقد جاء في إطار تطبيع الأوضاع بعد فترة انتقالية نجمت من "التجميد الضمني" الدستور وخلق هيئات ومؤسسات انتقالية[1]وقد كان التعديل يتضمن كثير من الأمور والاصطلاحات المتعلقة بالإدارة، إضافة إلى ما ورثته من الدساتير السابقة وخاصة دستور 1989.

وقد كانت المرحلة من 1992 الى 1998 فترة اضطراب، بالنسبة للمؤسسات الدستورية، والتي كيّفها الأستاذ بوسماح بـ "القوس" أو الوضع بين قوسين[*]La parenthèse، والتي شهدت مرحلة المجلس الأعلى للدولة، والتي تلاها مرحلة الاستناد الى أرضية الوفاق الوطني لأفريل 1994[2] التي حكمت تلك المرحلة الانتقالية، والذي يمكننا، تكييفه بأنّه نص ذو طبيعة دستورية بحكم موضوعه أي تنظيمه للسلطات

[1]Boussoumah, La parenthèse des pouvoirs publics constitutionnels de 1992 à 1998.O.P.U.2005.

[*] ترجمة للطالب قد لا تكون موفّقة.

[2] أرضية المتضمنة.

العمومية، ويبقى أنّ الإبقاء على دستور فبراير 1989 كان مؤكّدا بحكم الاستناد إليه، فلم يعلّق العمل به ولم يجمّد صراحة، بل بقي ساريا بآثار محصورة، ومهما يكن، فإنّه من المنطق، من الناحية المعرفية، الأخذ بمعيارية نصوص هذه الفترة، فذلك يُسهم في رصد ظاهرة الدسترة وخاصة أثرها على الإدارة، والتي تبرز بمبدأ استمرارية الدولة[1] الذي استند إليه المجلس الدستوري في بيان 12 جانفي 1992، والذي يظهر كمبدأ يعلو الدستور، موافقا تعليق Hauriou وتكييفه للمبدأ بذلك السمو الذي يرقى على الدستور، وبالتالي: فإنّه: «**يمكن أن نقدر أن التصوّر الشكلي للقانون الدستوري يعدّ تصورا جامدا لإعطاء صورة دقيقة عن الظاهرة الدستورية، وأنّه غير موافق لـ: "مبدأ استمرارية الدولة**"[2*]، فقد تضمّنت تلك الأرضية حكما معياريا هو أنّ الحكومة تمتلك الإدارة العمومية، في سابقة لم تحدث في الدساتير الثلاثة السابقة (1963 و1976 و1989)، وهي بذلك تعدّ المقدمة لدسترة الإدارة العمومية في دستور 28 نوفمبر 1996.

فلأول مرّة، يتم تكريس "الإدارة العمومية" دستوريا، مما يجعل لها أساسا دستوريا مستقلاً عن السلطة التنفيذية، ويزيل ذلك الاندماج العضوي بينهما.

ففي نص الدستور الجديد يوجد المصطلح بكثرة، فانطلاقا من المادة 09 والمادة 31 التي تنص على تعبير "المؤسسات" والتي يغلب عليها الطابع الوصفي، إلى تعبير "الإدارة" الذي يشير إلى طبيعتها. ثم نجد تعبير "الإدارة العمومية" (المادة 6/85) وتعبير " السلطات الإدارية" (المادة 143)، وكذا المادة 170 التي تذكر:«(...) الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية».

وهو كذلك ينصّعلى:«(...) الوظيف العمومي (...)» (المادة 26/122) و«الوظائف المدنية والعسكرية (...)» (المادة 2/78).

إنّ تكاثر المصطلحات الدستورية المرتبط بالإدارة، وبالسلطة التنفيذية والتراكم الذي سُجّل على مستوى النص الحالي لدستور 28 نوفمبر 1996 هو نتيجة لإرث سابق من الدساتير الثلاث السابقة ولكنّنا نسجّل طفرة نوعية من حيث اعتناء الدستور بالمصطلحات الحديدة في مضمونها وفي محتواها[3].

---

[1] سنتناوله كامتياز للسلطة الإدارية في الباب الثاني–الفصل الثاني–المبحث الأول.

[2]Lanza, L'expression constitutionnelle de L'administration publique.

[*] «on peut (…) estimer que la conception formelle du droit constitutionnel est trop statique pour donner une image exacte du phénomène constitution, et qu'elle est peu compatible avec le "principe de continuité de l'Etat"». P.20.

[3] سنعالجه في الفصول القادمة وخاصة في الباب الثاني

إنّ أول ملاحظة، يمكن إبداؤها حول المصطلح هو ذلك التغيير الذي مسّ صياغة المادة 134 من دستور فبراير 1989، والتي أصبحت المادة 143 من نص دستور 28 نوفمبر 1996، فقد تغيّر مصطلح "السلطات العمومية" ليصبح بالصياغة الجديدة ويحلّ محلّه مصطلح "السلطات الإدارية".

يظهر ذلك اهتمام محرّري الدستور بالمصطلح والسهر على دقّته وشفافيته والابتعاد عن الغموض، فلا شكّ أنّ التمييز قائم بين السلطات العمومية التي تعني السلطات الدستورية الثلاث من تشريعية وتنفيذية وقضائية والسلطات الإدارية لدى رجال القانون، وخاصة أنّ الإبقاء على ذلك الخلط قد يؤدي الى المساس بالمبدأ الأساسي المنظم للسلطات وهو مبدأ الفصل بين السلطات وما يترتب عنه من آثار تتعلق بالأنظمة القانونية وكذا الرقابة الواقعة عليها، فهي تختلف عنها من حيث الطبيعة والأثر.

فيمكن تصنيف المصطلحات الواردة في النص الدستوري الى مصطلحات متكرّرة في جميع الدساتير السابقة، ومصطلحات جديدة، فأمّا المصلحات المتكرّرة الموروثة فتتعلّق خاصة بمصطلحات "السلطة التنفيذية" و"الموظفين المدنيين والعسكريين" و"تنفيذ القوانين والتنظيمات" و"الحكومة"، وأمّا قائمة المصطلحات الجديدة التي تهمّ الإدارة، فتتعلّق بعدم تحيّز الإدارة (المادة 23)، وكذا ما تعلّق بتأسيس الوظيف العمومي (المادة 26/122)، وكذا تأسيس "النظام القضائي الإداري" (المادة 152 من الدستور).

يبيّن تكاثف المصطلح المتعلّق بالإدارة في الدستور ما يمكن وصفه بـ "الدستور الإداري"، كما أصطلح عليه في النظام الفرنسي[1]، حيث دعا الأستاذ Vedel الى الحديث عن "تأثير القانون الإداري على الدستور" l'administrativation de la constitution.

والحقيقة أنّ هذه المصطلحات الجديدة ليست معزولة، فهي مرتبطة بالنص الدستوري، وقد دخلت في نسيجه لتقيم علاقات منطقية وضرورية مع باقي مكوّنات الدستور، فلا يمكننا قراءتها منعزلة ومنفصلة، فهي تتموقع في صلب الدستور أي ما تعلّق بوحدة موضوعه وتنظيمه، ويبرز ذلك من خلال صياغتها وتموضعها في النص الدستوري، بما يكشف لنا إرادة المؤسس الدستوري في ترتيب آثار يبتغيها من هذا البناء الدستوري المكوّن من مجموعة الاصطلاحات المتعلّقة بالإدارة.

نلاحظ أنّ النص الدستوري يذكر الإدارات وهيئاتها بشمولية ويتحدث النص الدستوري عن "الإدارة العمومية" كحقيقة موحدة وسابقة فالمادة 85 بصياغتها الجديدة، أضفت هذه الخصائص وخاصة"التوحيد"لذي أقامته عضويا لها وهي بذلك تظهر كوحدة واحدة وككل تام من خلال اصطلاح الإدارة العمومية، وهي تظهر بهذا الشكل ككتلة واحدة.

[1]Sous la direction de : Jean Jacques bienvenu, Jacques petit benoi E. Plassix, Bertrand seiller, la constitution administrative de la France, Dalloz, 2012.

إن هذا التحديد النصي للإدارة تم من خلال سلطاتها وموظفيها وعلاقاتها (المبادئ التي تخضع لها والسلطات التي تملكها).

فهي تظهر من خلال وظيفتها كـ"مؤسسات" (المادة 09 و31) أو من خلال تحديد سلطة الارتباط (المادة 5/85 من الدستور)[1] أو من خلال المبدأ الذي تخضع له (المادة 23)[2] أو من خلال الجهة القضائية التي تخضع لها أعمالها القانونية (المادة 2/152)[3] والمالية (المادة 170)[4].

فالإدارة "مؤسسة" من بين المؤسسات المخاطبة بنص المادة 09، بل هي المؤسسة الأساسية، إن لم نقل الوحيدة المعنية بذلك، فالإدارة هي مرتع ذلك النوع من الممارسات التي يمنعها المادة03 المتمثلة في:"الممارسات الإقطاعية،والجهوية، والمحسوبية"، و"إقامة علاقات الاستغلال والتبعية"،و"السلوك المخالف للخلق الإسلامي وقيم ثورة نوفمبر".

وهكذا، تظهر كثرة التعبيرات كانعكاس لحقيقة الإدارة كسلطة لها علاقات. فالبحث عن "تسمية" "واحدة" لمفهوم الإدارة ليست مهمة المؤسس الدستوري، فهو يهتم بإقامة إطار قانوني للإدارة وليس تعريفاً شكليّاً لها.

ورغم ذلك، فمن حيث التعبير فإنّ مصطلح "الإدارة العمومية" الموجود في المادة 6/85. يقترح "توحيدا" للمصطلح فهو يلعب دورا ثانويا في سد الفراغ.

وإضافة إلى المعاني القانونية التي تحيل إليها هذه التعبيرات، فإن النص الدستوري حدد عضويا الإدارة من خلال المادة 170 فهي: "(...) الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية". فهو أدرج الجماعات الإقليمية والمرافق العمومية. التي ستكون لها أثار في "توحيد" النظام القانوني الذي تخضع له.

والحقيقة، أنّ المادة 160 من دستور فبراير 1989، والتي تقابلها 170 من دستور 28 نوفمبر 1996 كرّست المؤسسات العمومية كجزء من الإدارة كما يؤكدّ الأستاذ بوسماح: «**إنّ المؤسسة العمومية متواجدة، إمّا بشكل ضمني، أو بشكل صريح في الدساتير الشكلية الأربعة للجزائر**»[5]*.

ومما نلاحظه أن المؤسس الدستوري قد عدّد بذلك، الأشخاص المعنوية الإدارية، وهي مسألة تطرح: من يملك إنشاء الشخصية المعنوية، فالأستاذ بوسماح يرى أنّ المشرّع هو من يقرّر ضمن ما

---

[1] المادة 5/85: يمارس الوزير الأول، الصلاحيات التالية: –يسهر على حسن الإدارة العمومية

[2] المادة 23:"عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون"

[3] المادة 2/152: يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية"

[4] المادة 1/170:"يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الاقليمية والمرافق العمومية"

[5] Mohamed Boussoumah, l'Etablissement public, O.P.U. 2012, p.95

يعتبر القواعد التأسيسية les règle de la constitution، وعدّد منها: تحديد الشخصية المعنوية[1]، مهما يكن، فإنّ المؤسسة العمومية تدخل مجال الإدارة العضوية.

إنّ المادة170 من الدستور حددت لنا الإدارة عضويا، لما حددت ميدان رقابة مجلس المحاسبة.

إنّ الملاحظة الأولى التي يجب إبداؤها هي ما تعلق بميدان رقابة مجلس المحاسبة. فالأمر المتعلق بمجلس المحاسبة[1]يوسع من مجال المراقبة إلى أشخاص غير تلك التي حددها المؤسس الدستوري،معتمدا في ذلك التوسيع على معيار المال العام،فأي شخص معنوي يستفيد من المال العام يخضع لرقابة المجلس سواء كان على شكل ميزانيات أو إعانات أو منح لأشخاص عامة أو خاصة. فهذه الملاحظة تقتضي التساؤل عن مدى دستورية هذا الأمر. ولكننا نعتقد أن ذلك لا يؤثر بحكم أن الأمر يتعلق بعنصر المالية العامة فيما تعلق بمراقبة استعمالهافي التعداد الدستوري فهو يعدد النواة الإدارية، فالأمر 95 لا يعدد أشخاصا عمومية أخرى يضيفها وهو لا يعتبرها أشخاص عمومية تصنف في خانة الأشخاص الإدارية.

وأما الملاحظة الثانية، والتي تبدو أكثر أهمية، فهي تتعلق بالأشخاص المعنيون بالمراقبة فمضمون المادة 170 يوافق مضمون المادة 160 من دستور من دستور 1989 من حيث تعداد الأشخاص المعنوية العامة، فهو ميدان مقلص بالنظر للمادة 190 من دستور 1976 التي كانت تنص على أشخاص أخرى: كالحزب والمؤسسات الاشتراكية.

فعملية إسقاط بعض المصطلحات، كما نرى في المادة المتعلّقة بميدان الرقابة الدستورية لمجلس المحاسبة تتقلّص ليُظهر إرادة المؤسس الدستورية في تحديد مجال رقابة الأموال العمومية، والذي هو في نفس الوقت، تحديد مجال الإدارة الدستوري، وتقترح علينا الدراسة اقتران عناصر النظام القانوني للإدارة، حيث يتطابق مجال الإدارة مع مجال المالية العمومية، وكذلك الامر عندما تعدّد المواد 17 و18 من الدستور الأشخاص المعنوية الإدارية، وفي نفس الوقت، فهي تمنحنا أملاكاً عمومية، والامر يتعلّق بالدولة (المادة 17) والجماعات الإقليمية (البلدية والولاية).

فذلك يظهر إرادة المؤسس الدستوري في تحديد وتعريف الإدارة بهذه الأشخاص المعنوية، وهو ما يوافق التوجه الذي قام على عكس سابقه على فكرة "الفصل" بدل الدمج الذي كان موجوداً بين الحزب والدولة في بعديها السياسي والاقتصادي.

وهكذا يظهر المصطلح ويتميز بتوضيحات كثيرة، يبتعد عن فكرة التعريفات الحرة. فهو كان كما نرى بناء انطلاقا من واقع المصطلحات والتسميات الدستورية. فالقانون كما يعبر عنهVedel[1]:"هو بصفة عامة بناء"Le droit …. Est largement construction.

---

[1]Op.cit. p.96.

والحقيقة أنّ التعريف الذي نستمده من الدستور من خلال رصدنا للتعبيرات الدستورية أظهر معنىً قانونيا يتجاوز إنكار الأستاذWalineعند ما كتب أنّ: «كلمات الإدارة،...، لا تملك معنى قانونيا".

« Les mots "administration", n'ont à strictement parler,aucun sens juridique »

فهذا إنكار لقوة النص القانوني فهو موضوع وواقع القانون فلا يمكن القفز عنه وتبني تعريفات حرة في مفهوم الإدارة كهيئة، وليس الإدارة كنشاط".

وهكذا، فإنّ النص الدستوري حدد "نواة صلبة" للإدارة. وهو ما يوافق ما توصل إليه الفقه الجزائري من خلال ماكتبه الأستاذ بوسماح[2]: ولكن ما يجب التأكيد عليه هو أنّ المؤسسالدستوري فصْلَ مفهوم "الإدارة" على مفهوم المرفق العام. وقد تفادى كل تعبير قد يثير الخلط أو الدمج بين المفهومين.

وإن كان ذكر: "المرافق العمومية" في المادة 170 قد يثير الشك فالملاحظ أنه ذكر ذلك على سبيل الحصر، فهو يقصد بها المؤسسات العامة بالمعنى العضوي، ومن جهة أخرى فإنّه ذكرها بصيغة الجمع رغم أنّها لا تفيد معنى شاملا[3].

وهنا تظهر خلاصة التعريف من خلال فكرة الشخصية المعنوية،وما يؤكد ذلك التفصيل للتعبيرات المرتبطة بالتصور العضوي للإدارة، هو ما جاء في المادة 57 عندما استبعد استعمال مصطلح أو تعبير "مرافق عمومية" واستعمال بدلا منها "جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".

«Tous services ou activités publics d'intérêts vitale pour la communauté ».

ورغم ما يبدو من حرص المؤسس الدستوري على استعمال المعايير العضوية في التعامل مع الهيئات، وخاصة من خلال مفهوم الشخصية المعنوية، إلا أنّ ذلك لم يجعله يتصرّف ويعالج الأشخاص المعنوية الجديدة المتمثلة في السلطات الإدارية، في صلب النص الدستوري، وخاصة وأنّها تؤدي وظائف هامة في الإدارة العمومية، وبالخصوص وظيفة الضبط التي تتقاطع مع مبادئ دستورية أساسية كمبدأ حرية التجارة والصناعة وكذا تأثير موقعها على مبدأ الفصل بين السلطات[4].

---

[1] Vedel, Op.cit.
[2] Boussoumah, Op.cit.
[3]Boussoumah, l'établissement public, O.P.U 2003.
[4]Quentin Epron, le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs, R.F.D.A sept-octobre, 2001, p.1007.

والحقيقة إنّ ظهور السلطات الإدارية المستقلة يعد مساسا بوحدة الدولة كما لاحظنا جاك شوفالي Jacques Chevalier[1] ولكنها استثناء يبرر بمبدأ دستوري هو مبدأ عدم تحيّز الإدارة وفكرة حقوق الإنسان.

ومهما يكن، فإنّ البعد العضوي لتعريف الإدارة مكرس دستوريا مما يعطي له أولوية في التعريف فهو يعطي استقرارا للمفهوم ويوافق واقعا تشريعيا.

وأمّا من الناحية الفقهية، فمفهوم الإدارة يسمح بتأسيس القانون الإداري كفرع في علم القانون. وهو ما كان قد أوضحه الأستاذEisenman، فقد كتب: "أن أرضية القانون الإداري تتمثل في مفهوم الإدارة كهيئة، وليس الإدارة كنشاط"[2].

« *La discipline droit administratif a pour assise, non pas la notion d'administration-activité, mais bien celle d'administration-institution* ».

والحقيقة، أنّ الإسهام الكبير لدسترة الإدارة تم من خلال إقرار أوضاعها وتحديد علاقاتها. إننا ندرك الآن أن تعديل 1996 أسهم بشكل حاسم في توضيح مفهوم الإدارة العمومية، فهو أدرجه لأول مرة. وهو ما دسترها كحقيقة متكاملة في المادة 85/ الفقرة الخامسة.فقد منحها مركزا دستوريا. وحدد سلطة ارتباطها وأقرّ أنّها مفهوم موحد.

إنّ إدراج مفهوم "الإدارة العمومية، لأول مرة، في تعديل 1996 هو تقييد للسلطة التنفيذية من حيث وظيفتها التنفيذية وهو في نفس الوقت إعطاء وسيلة لهذه الأخيرة.

وهي تتضمن أيضا، فصلا عضويا لإدارة عن الحكومة، فرغم تبعيتها لهذه الأخيرة، فهي مستقلة، فبذلك، فإنّ الإدارة العمومية المندمجة في السلطة التنفيذية تتكشف وتبرز على المستوى الدستور، فهي معطى تشريعي وتنظيمي، والحقيقة، إنّ هذا التكريس الدستوري ما هو إلا إضفاء شفافية لحقيقة السلطة الإدارية، وهي صميم الدسترة كإخضاع كل الهيئات لمتطلباته، فذلك شرط ضروري.

والحقيقة أنّ "السلطة التنفيذية" اكتسبت استقلاليتها. في مرحلة أولى عبر تقرير مبدأ الانتخاب وفي مرحلة ثانية عبر قرارات المجلس الدستوري.

وقد اقتضت الحاجة "إدراج" المصطلح الغائب. وهو بذلك "دسترة" مباشرة لاستقلالية السلطة التنفيذية عبر مفهوم "الإدارة العمومية".

---

[1]Jaques Chevalier, L'institutionnalisation des autorités administratives indépendantes, J.C.P. 1986.
[2]Eisenmman, op.cit. p96.

وبذلك فإن إدراج مفهوم "الإدارة العمومية" في دستور 1996 هو "تكريس" لما جاء في قرارات المجلس الدستوري من "استقلالية السلطة التنفيذية".

وتظهر هذه "الإدارة العمومية" كتجسيد "للسلطة التنفيذية"، برغم الانفصال العضوي، فهي وحدة الوظيفة التنفيذية الإدارية.

إنّ استعمال هذا المصطلح بجميع التسميات التي ذكرناها يبدو ثابتا وقارا. وهذا ينجر عنه أنه لم يستعمل لملء فراغ في المصطلحات.

ونستنتج أن التصور العضوي هو الغالب، فإن الاصطلاحات التي تشير إلى بعض الهيئات والمهام كثيرة. فالمادة 78 تذكر "الوظائف المدنية والعسكرية" بشكل عام وتذكر بعض أصناف الوظائف والسفراء والولاة، ومسؤولي أجهزة الأمن. وتذكر المادة 143: «(...) "السلطات الإدارية"» وكذا المادة 23 تذكر: «(...) الإدارة" فهي إشارة وتحديد للسلطات والهيئات الإدارية، إضافة إلى التعبير الأساسي "الإدارة العمومية"» (المادة 185)

ورغم ذلك، فالمقاربة الوظيفية موجودة على مستوى المصطلحات الدستورية. حيث أن ذلك يتم بربط وجود الإدارة عبر أعمالها. فالإدارة تتواجد عبر أعمالها الإدارية عموما (المادة 143) وكذا تتواجد عبر أعمالها ذات الطابع المالي (المادة 170).

وهذا يظهر غلبة التصور العضوي للإدارة على مستوى النص الدستوري.

إنّ دور التعبيرات العضوية كما رأينا يرتبط بوظيفة الرقابة سواء القضائية الإدارية والمالية (المواد 143 و170). فتحديد الإدارة تم عبر تحديد ميدان الرقابة.مما يظهر قوة مبدأ الرقابة كعنصر من عناصر دولة القانون.

إنّ وجود إدارة عمومية يُعطي تصورا وتعريفا شاملا والذي هو دسترة لواقع تشريعي وإداري، ولكن في إطار أثار رتّبها الدستور وهي مجموعة المبادئ الدستورية التي تحكمها والتي تصفها في إطار بمعنى وبفلسفة النص الدستوري.

إنّ الدستور عبر التعبيرات المتعلقة "بالوظائف" و"المهام" (م 78) و"السلطات" (م 149) و"الوظيف العمومي" (122) وكأنها تضع البنيان الدستوري للسلطة الإدارية. فهي تحدد "السلطات" عبر "ممارسيها" من الموظفين السامين وكل الموظفين.

وعلى هذا الأساس، فإنّ الدستور يؤسس الإدارة ويذكر أهم سلطاتها.

فيفهم أن الإدارة العمومية تتكون من "الوظيف العمومي" الذي يتكون من هرمية تتمثل أساسا "في الوظائف المدنية والعسكرية" السامية م 2/78) والتي ينص على بعضها كالولاة ومسؤولي أجهزة الأمن والسفراء.

ويضع على رأسها:سلطتين: رئيس الجمهورية والوزير الأول. فالأول يستمدها من سلطة التعيين، بينما يستمدها الثاني من كونه: "يسهر على حسن سير الإدارة العمومية".

وهذا الأخير يفوضها إلى الوزراء حيث: «يوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة(...)» (المادة 1/85) والذين هم بدورهم يفوضون صلاحياتهم إلى المديرين المركزيين بترخيص الوزير الأول وإلى أعوانهم على المستوى الإقليمي والحقيقة أن الوالي هو المستفيد أساسا فهو "يمثل الدولة ومندوب الحكومة مما يجسد لنا وحدة الإدارة عضويا ووظيفيا. أنّ هذا التواجد الدستوري رتب أثاراً مهمة (الفرع الثاني).

يمكن أن نستنتج من ذلك تكريس التعريف العضوي للإدارة العمومية فهذه مجموعة الهيئات الإدارية المرتبطة بالحكومة، سواء بعلاقة تبعية أو بعلاقة رقابة، كما قد اقترحها ايزنمان Eisenmann[1].

الفرع الثاني:الأثر القانوني للوجود الدستوري للإدارة

إنّ الإدارة كمؤسسة Institutionتؤدي وظيفة قانونية فقد كتب الأستاذJ. c. BERGEL: "أنّ المؤسسات هي مجموعة قواعد منظمة تتمحور حول فكرة أساسية. فهي ضرورية لتنسيق القواعد القانونية ولضمان استمرارية النظام القانوني. وهي ترتبط بمفهوم محدد له علاقة بخصوصيتها"[2].

والأمر ينطبق على مفهوم الإدارة. فهو يرتب أثارا كثيرة تتعلق بعناصر نظامها القانوني، وهي الرابط الذي يجعل النظام القانوني بحكم "خصوصيتها" متسقا يملك تماسكا (الفقرة الثانية)، والذي تمّ عبر "وحدة" الإدارة العمومية (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: توحيد الإدارة

إنّ دسترة الإدارة العمومية يعني اعتبارها موضوعا، و"**أنّها قابلة للعرض الموحّد**"[*3]، حيث تجسّد ذلك عضويا (1)، وظيفيا (2).

---

[1]Cité par Emmanuel Breen, le doyen Vedel et Charles Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif, R.F.D.A, mars-avril, 2002. P.236

[2]BERGEL, Op.cit. «Les institutions sont des corps de règles organisés autour d'une idée maitresse. Elles sont nécessaires à la coordination des règles de droit, et la continuité de l'ordre juridique. Elles correspondent à un concept bien déterminé lié à leur spécificité.»

[3]Lanza, L'expression constitutionnelle de l'administration française, L.G.D.J. 1984.

(1) لقد تحقّقت الوحدة العضوية والوظيفية للإدارة العمومية، بواسطة المادة 85 من دستور 28 نوفمبر 1996، والتي يضمنها الوزير الأول.

فتكريس تلك الوحدة، عبر دسترة الإدارة العمومية، هو تكريس لمفهومNotion، ينجر عنه كصنف catégorie مجموعة من القواعد[1*]. فهذا المفهوم هو: «الوسيلة التي يستطيع بها رجال القانون من رصد الوقائع بقصد تحديد أي القواعد القانونية الواجب التطبيق»[2*]. ويمكن التأكيد والاستنتاج على نفس ما ذهب اليه Eisenmann، فيما يتعلّق بالآثار المترتبة عن هذا التعريف والتوحيد الدستوري للإدارة العمومية، فقد اعتبر: «**أنّ وحدة الفرع: "القانون الإداري" يمكن تواجدها في وجود الإدارة**»[3].

لقد حقّق المؤسس الدستوري الوحدة العضوية للإدارة العمومية والتي يترتب عنها ضمانة الدستورية لتلك الوحدة وما ينجرّ عنها من آثار في حماية السلطة السلمية، أي حماية وحدتها: وحدة السلطة السلمية.

فقد كانت أحكام المادة 85 مجتمعة مناط هذه الوحدة القانونية، فهي التي منحتها الأساس الدستوري بشكل متماسك وواضح، فالوزير الأول يمارس تلك السلطة، لما أقامت المادة 85 من تبعية الإدارة له، بما يؤسسها من جهة، ويضمنها من جهة أخرى ويثور الإشكال، حول، مدى سلطة الوزير الأول، وكذا الوزراء على السلطات الإدارية المستقلة.

فبحكم استقلاليتها فإنّها لا تقيم أي صلة عضوية مع السلطة التنفيذية، فلا تملك عليها أي سلطة رئاسية أو وصائية، والحقيقة، أنّه، لم تثر أي إشكالية معلومة حول ذلك، سواء على مستوى القضاء، وخاصة حول دستورية أوضاعها القانونية، وخاصة ما تعلّق بخضوعها للسلطة السياسية (أي السلطة التنفيذية) وما يترتب عنها من المسؤولية السياسية.

فقد أصبح، من المسلم، به أنّ استقلاليتها تعني عدم خضوعها للسلطة التنفيذية، لأنّ ذلك من المقتضيات والضمانات بحكم كونه ضمانة للحريات، والحقيقة، أنّ ذلك، كان من نسج رجال القانون

---

* «En parlant d'administration, on accepte de considérai qu'elle constitue un objet, qu'elle est susceptible d'une représentation unitaire».

[1]Truchet, droit administratif, P.93.

* «On peut définir la catégorie comme <u>une notion</u> à la quelle est attaché un statut, c'est-à-dire un ensemble de règles».

[2]François-Paul Benoit, notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, in mélanges : "Droit public", en l'honneur de Gustave Peiser : P.27.

* «La notion est le moyen par lequel les juristes appréhendent des faits en vue de déterminées quelles règles de droit leur sont applicables».

[3]Charles Eisenmman, la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, R.D.P, 1972, P.1382.

والمذاهب La doctrine، بما لا يراعي واقع القانون الوضعي. فقد قام المجلس الدستوري، بتكييفها أنّها ليست هيئات قضائية، وأنّها تخضع لرقابة القاضي الإداري، وقد قضى في قراره حول حرّية الاتصال (اللجنة الوطنية للاتصال والحريات C.N.E.L) حيث أورد الأساس التالي المتمثّل في الحيثية التالية: **«بالنظر (...) الى أنّ اللجنة الوطنية للاتصال والحريات، في ممارسة اختصاصاتها، ستكون، كأي سلطة إدارية خاضعة، الى رقابة شرعية والتي يمكن ممارستها من الحكومة، والتي تعد مسؤولة أمام البرلمان عن نشاطات إدارات الدولة، ومن قبل أي شخص له مصلحة»** (القرار 217 للمجلس الدستوري الفرنسي).

يُبرِزُ اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي الحرص على الحفاظ على وحدة السلطة التنفيذية، وكذا على وحدة السلطة الإدارية.

والحقيقة أنّه، ورغم عدم وجود رقابة دستورية بشأن أي سلطة إدارية مستقلة في القانون الجزائري، للإجابة على مسألة الوحدة، فإنّ المجلس الدستوري قد طوّر اجتهادا مبكّرا ومتطوّرا لحماية هذه الوحدة، ولحماية السلطة الهرمية (أو السلمية) الضامنة لهذه الوحدة[1].

وما لا شك فيه، أنّ تلك الوحدة الإدارية المؤسسة والمحمية دستوريا، والتي تعدّ امتيازا أساسيا من امتيازات السلطة العامة، ستفرض كمقتضىً دستوري، وبالتالي، فإنّنا نستنتج، امتدادها لتشمل تلك السلطات الإدارية المستقلّة، والحقيقة، أنّ كل النصوص التشريعية المنظّمة لهذه السلطات المستقلة قد نصّت على إخضاعها لرقابة القضاء الإداري، وبالتالي، فيمكننا، أن نستنتج أنّ خضوعها لرقابة الشرعية يجعلها، تخضع للرقابة السلمية أو الوصائية التي تؤدي نفس الوظيفة أي: ضمانة الشرعية".

(2) إن البحث عن "مفهوم" "موحد" عبر المفهوم الوظيفي أضحى ممكنا. فالوحدة تظهر من خلال سلسلة العناصر التي ذكرنا أعلاهفهي تذكر من خلال وظيفتها كمؤسسات (المواد 09 و31)، ومن خلال تحديد سلطة الارتباط (المادة 6/85) أو من خلال المبدأ الذي تخضع له (المادة 23) أو الجهة القضائية التي تخضع لها أعمالها (المادة 143 من الدستور).

فهي تتجسد في وحدة "وظيفتها"، وفي وحدة سلطة التبعية (المادة 6/85). وكذلك، تتجسد من خلال خضوعها لنفس المبادئ (عدم التحيز، عدم إساءة استعمال السلطة).

ولكن أهم حكم دستوري تضمنه التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 هو التأسيس الدستوري للوظيف العمومي. فقد كان العنصر الغائب في دستور 1989 وكذا نصوص الإصلاح رغم التأكيد على

[1] (الباب الثاني–الفصل الأول – المبحث الأول – المطلب الثاني).

الفصل بين القطاع الاقتصادي والإدارة، وهو ما جاء في القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[1]، وقد تم عبر إضافة بند إلى اختصاصات المجلس الشعبي الوطني وهو البند 26 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل[2].

فهو يعد بحث جديد للوظيف العمومي والذي استرجع "خصوصية" وهويته بالتأكيد على انفصاله وانعتاقه الدستوري.

والحقيقة، أنّ ذلك التأسيس يعد الفعل الثاني لتأسيس الإدارة العمومية إلى جانب الفعل الأول المتمثل في تأسيس الإدارة العمومية المادة 5/85.

فهو تأسيس مزدوج لإدارة العمومية. وهذا يظهر أن ذلك الأمر كان رهانا أساسيا في التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996.

وأمّا الأثر الثاني فيتمثل في تأسيس "وظيف عمومي" "موحد" بما يكرس وحدة الإدارة العمومية. وهو بذلك يعتبر كمقتضى ومتطلب دستوري لوحدة الدولة، وخاصة "وحدة" السلطة التنفيذية.

وتظهر هذه الوحدة من خلال الرقابة فكل:"السلطات الإدارية" تخضع للرقابة القضائية (المادة 143 و152) وكذا الرقابة المالية (المادة 170 من الدستور).

فالوحدة تظهر خاصة من حيث عنصر التبعية (الوزير الأول . المادة 6/85)، حيث حددت في الدستور بالوزير الأول الذي: "يسهر على حسن سير الإدارة العمومية".

وهو ما يوافق ما أقترحه الأستاذ إيزنمان حين ذكر أنّ الإدارة هي: «مجموعة أجهزة الدولة المرتبطة بما يسمى الحكومة، سواء بعلاقة تبعية، أو بعلاقة رقابة[3]».

ويمكن الاعتراض على هذه الوحدة باعتبار أن الأمر يتعلق بالإدارة التابعة للدولة دون أن ينصرف ذلك إلى رقابة الأشخاص الإدارية والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية. فهي تفيد بوحدة إدارة الدولة تحت سلطة الوزير الأول.

إنّ تلك الوحدة، يمكن المساس بها، في إطار النشاط المعياري الكثيف للإدارة، وكذلك من قبل المشرّع، وقد حدث هذا، بمناسبة تنظيم النواب لنظامهم الأساسي، حيث أنّ محاولتهم تمديد رقابتهم على مختلف الجهات الإدارية، قد اصطدمت برقابة المجلس الدستوري، وكان ذلك في قراراته خاصة قرار اوت 1989، ورأيه حول نظام النواب الأساسي.

---

[1] صدر القانون العام للوظيف العمومي بالأمر 06-03 أي بعد عشر سنوات من صدور الدستور.

[2]Brahimi (Med) : S.G.T, op.cit.

[3]Eisenmman, op.cit. R.D.P. 1972. P.36.

فبإخطار من رئيس الجمهورية، تناول المجلس الدستوري تلك الصلاحيات التي أقرّها النواب لصالحهم، من وجهة نظر دستورية انطلاقا من مبدأ الفصل بين السلطات[1]، فقد اقر النواب، في مشروع نصّهم أنه، بإمكانهم رقابة "المصالح العمومية"، و"الهيئات العمومية" (أي المرافق العمومية)، وكذا الاستماع "للهيئة التنفيذية للولاية"، وبذلك، فإنّهم يقرّرون لأنفسهم سلطة رقابية أي هرمية على المرافق العمومية، وكذا الإدارة غير الممركزة للدولة، تحل أو تتوازى مع تلك التي تمارسها الإدارية المخولة بذلك، المكوّنة، على وجه الخصوص، من الوزراء والولاة ممثلي الدولة. ولكن المجلس الدستوري، واستنادا، بالأساس، على مبدأ الفصل بين السلطات، اعتبر ذلك تدخّلا في صلاحيات السلطة التنفيذية ليقرّر عدم دستورية تلك الأحكام المتضمنة في نص النواب.

وهكذا، فقد قرّر المجس الدستوري حماية دستورية لسلطة الإدارة السلمية، وبالتالي، فقد أورد ضمانة لوحدة الإدارة العضوية، رغم أنّ مضمون النصوص التشريعية يحمي تلك الوحدة العضوية للإدارة، وخاصة على المستوى اللّا تركيزي لإدارة الدولة حيث يُعدّ الوالي صاحب السلطة السلمية على أجهزة وهياكل الدولة (بما فيها رئيس الدائرة)، وكذا على رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته كممثل للدولة.

يُبيّن مضمون هذا الاجتهاد الدستوري للمجلس الدستوري تماسكاً في التصوّر الدستوري وانسجاما بين أحكام الدستور وتفسير المجلس الدستوري، فإنْ كان المؤسس الدستوري يقيم تلك السلطة الهرمية (السلمية)، على أساس واضح من أحكام المادة 85 من دستور 28 نوفمبر 1996، فإنّ الدسترة غير المباشرة عبر اجتهاد المجلس الدستوري المستند الى تفسير مبدا الفصل بين السلطات وترتيب أثاره، لا تتناقضان، كون اختصاص السلطة التنفيذية مستمد من مبدأ الفصل بين السلطات.

وقد رأينا الأستاذ إيزنمان يفضل تعريفا وصفيا يتماشوفكرة "الوحدة" عبر مفهوم الرقابة.

وقد حقق هذا "التوحيد" مبدأ الرقابة حيث إن مضمون المادة 170 يرتب آثارا هامة. فهو قد عدد الأشخاص المعنوية الإدارية، وهو عندما حدد مجال اختصاص مجلس المحاسبة قد حدد في نفس الوقت مجال الإدارة. ولكن الأثر الأهم، في رأي هو أنه صنف الدولة كشخص معنوي إداري، إلى جانب باقي الأشخاص المعنوية الإدارية. وبالتالي، فإنه ميّزه عن الدولة التي: «(...) هي وحدة لا تتجزأ». (المادة 01 من الدستور).

ويمكن التأكيد، على ضوء اجتهاد المجلس الدستوري، أن مفهوم الإدارة العمومية يتضمن المؤسسات العامة (المرافق العمومية) دون الجماعات الإقليمية، فقد بسط حمايته الدستورية للحفاظ على الوحدة الدستورية للإدارة العمومية، وقد حافظ على استقلالية الهيئات اللامركزية (المجلس الشعبي البلدي

[1] سنتناولها بالتفصيل، كما ذكرنا في الهامش السابق في المطلب الثاني المتعلّق بالرقابة السلمية.

والولائي)، وكذلك في نفس قرارته، واعتقد أنّ ذلك يُعدّ حماية لمبدأ اللامركزية، فقد اعتبر في قراره رقم 2 المتعلّق بالقانون الأساسي للنائب[1]: «**أن ما تناوله من مشاركة النائب في أشغال المجلس الشعبي الولائي والمجالس الشعبية البلدية**»، فإنّه لكون: «**النيابة في المجلس الشعبي الوطني ذات طابع وطني (...)**» ونظرا: «**النص على أنّ النائب يشارك في اجتماعات المجلس الشعبي الولائي والمجالس الشعبية البلدية الداخلية في دائرته الانتخابية، فإنّ القانون يوكل إليه صلاحيات تتجاوز مهمّته ذات الطابع الوطني**»، وبالنتيجة، فقد أقرّ بعدم دستورية هذه المادة.

ويمكن ذكر شخص قانوني تم تكريسه دستوريا هو "المؤسسات" كما جاء في نص المادة122، الفقرة 29 والمقصود طبعا "المؤسسات العمومية" ويكون بذلك الدستور قد ذكر كل الأشخاص القانونية الإدارية،عندما نص على"فئات المؤسسات".

وهكذا يظهر أن إنشاء الأشخاص المعنوية الإدارية هو إنشاء دستوري دون غيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى، ويمكن القول إن هذا الاستنتاج يدعمه قرار المجلس الدستوري المتعلق بمحافظةالجزائر الكبرى[2] فقد اعتبر أنّ: «الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 31مايو1997،موضوع الإخطار قد أنشأ جماعتين إقليميتين تحت تسمية "محافظة الجزائر الكبرى" و"الدائرة الحضرية"»،واعتبار أنّ المؤسس الدستوري حين أقر في المادة15 (الفقرة الأولى) من الدستور أنّ: «الجماعات الإقليمية هي البلدية والولاية» فإنّه يقصد حصر التقسيم الإقليمي للبلاد في هاتين الجماعتين الإقليميتين دون سواهما،..."،فهو إن كان قد منح المشرع التشريع في مجال التقسيم الإقليمي للبلاد،يقرر المجلس الدستوري أن ممارسة المشرع لتلك الصلاحية تقتضي منه احترام أحكام المادة 15من الدستور،فإنه يتعين عليه، حين ممارسة: «صلاحية التشريع في مجال التقسيم الإقليمي،..،أنّ يتقيد بأحكام المادة 15 (الفقرة الأولى) من الدستور».

وقد استنتج المجلس الدستوري: "أنّ المشرع حين أنشأ جماعتين إقليميتين "محافظة الجزائر الكبرى" و"الدائرة الحضرية" وحدد قواعد خاصة لتنظيمهما وسيرهما وعملهما يكون قد خالف أحكام الدستور لاسيما المواد 15 (المادة الأولى)،18(الفقرة الثانية) ،78 (البند التاسع)، و79 (الفقرةالأولى) و100(الفقرة الثانية) منه".

---

[1] قرار رقم 2-ق-ق-م.د-89 مؤرخ في 28 محرم 1410 الموافق 30 غشت سنة 1989 يتعلّق بالقانون الأساسي للنائب في: "آراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائري (1989-2012)"، الصادر عن المجلس الدستوري، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2012.

[2] قرار رقم02/ق.أ/م د/2000 مؤرخ في22ذي القعدة 1420 الموافق لـ 27 فبراير 2000 يتعلق بمدى الأمر رقم97-15المؤرخ24 محرم1418 الموافق 31 مايو1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى. ج.ر. عدد: 07.ص 03

إنّ هذا الاجتهاد يدل أن إنشاء الأشخاص المعنوية الإقليمية يعود للمؤسس، ويعود للمشرع تجسيد ذلك عبر "التقسيم الإقليمي".

وقد أسس المجلس قراره على المواد:15و18الفقرة الثانيةخاصة. فإذا كانت المادة 15تنص صراحة على الأشخاص المعنوية:البلدية والولاية، فإن المادة 18 تتعلق بالأملاك الوطنية،والتي خالف المشرع فقرتها الثانية، التي تنص على أن تلك الأملاك: «تتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية».

لقد طبق المجلس الدستوري نفس المنطق على الدولة، فهو يعتبرها شخصا إقليميا إلى جانب الولاية والبلدية.

والحقيقة أنّ ذكر الفقرة الثانيةمن المادة 18 يكشف لنا أن تأسيس الجماعات الإقليمية ترتب عنه أثر رتبه المؤسس الدستوري وهو منحها حق الملكية.فهي تفيدنا بأن تلك النتيجة الملكية) هي أثر من آثار منح الشخصية المعنوية.

وبدون العودة إلى النقاش حول الشخصية المعنوية والذي شغل الفقه لمدة طويلة ومازال فيما يتعلق بتبريرها وتأسيسها والنتائج المترتبة عنها[1]،فإنّه يمكن القول إن المؤسس الدستوري قد أسسها، وهو ما يرتب أثارا بالغة الأهمية بالنسبة للنظام القانوني للإدارة.

إنّ ذلك التعداد يعد إنشاء وإحداثا ومنحا للشخصية المعنوية. وبالتالي فإن الأثر الأساسي لذلك هو إخضاع هذه الأشخاص الإدارية للقانون. وهي بذلك، تعد ضمانة لحريات وحقوق الأفراد، بما يعطي عنصرا مهما في بناء دولة القانون.

فهي، بهذا المعنى تتساوى مع الأفراد في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. ولكن الأثر المطلوب والأهم، والذي يندرج في إطار العلاقات التي تقيمها مع الأفراد، هو إخضاعها للرقابة فذلك يعد منسجما مع كونها سلطة عامة في مركز متفوق من حيث الامتيازات وكذا من حيث الواجبات فخضوعها للرقابة القضائية يجعل الأثر الأكثر دلالة هو خضوعها للرقابة القضائية مما يجعل الإدارة تنخرط في إطار الدسترة. فهذا التعريف "الدستوري" يدمج الإدارة في إطار دولة القانون أي حامية الحقوق والحريات.

إنّ نتائج الإحداث الدستوري (الإنشاء) هامة ومعروفة فقها. ولكن المؤسس رتب بعضها كالاعتراف للإدارة بالملكية العمومية[1] (المادة 18) والميزانية (المادة 122) بالنسبة للدولة وبعض الامتيازات

---

[1]Cf, Florian Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, L.G.D.J. 1997.

المادة18الأملاك الوطنية يحددها القانون وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية

وبعض الامتيازات كحق نزع الملكية (المادة20)، ويعترف لها، ضمنا بالسلطة التقديرية (المادة 22 التي تنص على أن القانون يعاقب على التعسف في استعمال السلطة) كما هي مسؤولية عن أفعالها ماديا فهي تعوض في حالة نزع الملكية والخطأ القضائي.

ويمكن التذكير بموقف الأستاذ Waline الذي كتب أن: «(...) أن القانون لا يعترف إلا بأشخاص قانونية تتمتع بحقوق، أو تكون موضوع الحقوق وتأتي بتصرفات قانونية».

إنّ من أهم الآثار أن النص الدستوري: قد حدد الأشخاص المعنوية الإدارية وحدد سلطاتها التي تمثلها وأن لها أعمالاً تنسب لها وتقر لها حقوقا وترتب عليها التزامات وتخضعها لمبادئ.

إنّ من النتائج الهامة لتوحيد الإدارة ما يترتب عنها تجاه "الوظيفة التنفيذية". التي وحدتها، وهي ضرورة دستورية تجد أساسها في مبدأ المساواة. فالدستوريهدفإلى: «يبني (...) مؤسسات دستورية، أساسها (...) القدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية،والمساواة،وضمان الحرية لكل فرد» وهو ما قرره المؤسس نتيجة للأحكام المجتمعة للفقرة الثالثة والخامسة من ديباجة الدستور.

وإنّ ذلك يرتب أثاراًفيما يتعلق بضرورة ممارسة السلطة السلمية من قبل الوزير الأول لضمان هذه الوحدة.مما يظهر أن السلطة الهرمية مقتضى دستوري وهي أساس شرعيتها وهي،في نفس الوقت امتياز وقيد لها.

نستنتج أنّ هذه الوحدة العضوية والوظيفية للإدارة العمومية هي نتيجة لوحدة السلطة التنفيذية التي نجد لها أساسا في النص الدستوري، وكذلك في النصوص ذات الطابع التشريعي، بما يسمح لنا بالحديث عن "السلطة التنفيذية–الإدارية"، وكذا "الوظيفة التنفيذية–الإدارية"، والتي تظهر الاندماج بين الإدارة العمومية والسلطة التنفيذية.

وأعتقد أنّ اجتهاد المجلس الدستوري أعطى عمقا وتماسكا لمبدأ وحدة الإدارة العمومية (السلطة التنفيذية) بالاستناد الى تفسيره لمبدأ الفصل بين السلطات، إضافة إلى ما استنتجناه من المصطلح الدستوري (خاصة المادة 85).

[1] المادة 2/18: "الأملاك الوطنية يحددها القانون وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية".

ويمكن القول، أنّنا نكشف في مبدأ الفصل بين السلطات المبدأ الذي يؤسس للإدارة العمومية، والذي يمكن اعتباره المبدأ الأساسي الأول، على الأقل، إن لم يكن الوحيد الذي يحدّد مجال انطباق القانون الإداري، فهو يؤدي الى التوحيد الدستوري للقانون الإداري، ويسهم في إدراج القانون الإداري تجسيد الهرمية الدستورية.

وإنّنا نجد في الدستور من المفاهيم المتعلقة بالنظام القانوني الإداري، عبر رصدنا لها كمصطلحات، بما يفيدنا في تركيب بناء دستوري يتكوّن من المادة الدستورية (الفقرة الثانية.)

الفقرة الثانية: الآثار المتعلقة بالنظام القانوني

إنّ هذا الوجود الدستوري للإدارة غير عبثي، فهو يهدف الى تحديد وضعيتها القانونية والذي يرسم إطار "نظامها القانوني"، إذْ أصبحت "صنفا" دستوريا قائما، بذاته، منتجا لمفهوم الذي: «**يُشار بكلمة أو بتعبير مكون من مجموعة من الكلمات المشكّلة لوحدة، معقّدة، في بعض الأحيان، ولكنّها تملك انسجاما (...)**»[1][*]، والذي ينجرّ عنه نظام قانوني، أم أثر قانوني، فالمصطلحات والتعبيرات المعبّر عنها عن الإدارة مختلفة، تطرح مسألة وحدة المصطلح، والذي رأينا أنّه يكتسي أهمية بالغة، ولكن حقيقة والنص الدستوري أنّه يضع تعابير ومصطلحات دستورية مختلفة، ولكنّها تكتسي انسجاما وتماسكا في وحدة عميقة تدول حول مفهوم الأساسي وهو الإدارة، فإن الاختلاف في التعبيرات الدستورية يرتبط بالأثر المرجو من ذلك.

وعموما، فإنّ الآثار المترتبة عن وحدة الإدارة واستقلاليتها هي أثارعامة أي أنها قواعد عامة. فهي تنصرف إلى كامل نظامها القانوني. فهي تخضع لجهة قضائية واحدة وتنطبق عليها قواعد المسؤولية.

فقد اخضع الدستور الإدارة لمبدأ الشرعية في جميع الدساتير الجزائرية الأربعة، مما يشكّل استمرارية ينبغي ملاحظتها، ولكنه سجّل تطور وطفرة نوعية في دستور 28 نوفمبر 1996 بتأسيس القضاء الإداري. ولكن أهم نقطة التي تقتضي التنويه وهو تلازم ذلك التأسيس الدستوري للقضاء الإداري مع الدسترة الشكلية للإدارة العمومية، فهذا التأسيس المتلازم يظهر مدى الدسترة الكثيفة لمبدأ الشرعية الإدارية، بما يجعل الإدارة في موضع الشخص المراقب كمقتضى دستوري نظرا لمتطلّبات دولة القانون. ويعدّ ذلك اعترافا بوجود "سلطة إدارية" تتطلّب المراقبة، ومن جهاز قضائي مستقل هو القضاء الإداري داخل السلطة القضائية الواحدة. مما قد يستدعي القول أنّ قوة السلطة الإدارية واستقلاليتها المكرّسة

---

[1] Charles Vautrot-Schwarz, La qualification juridique en droit administratif, L.G.D.J, P.10.

[*] «la catégorie juridique, "lieu d'un concept" désigné par mot ou une expression formée d'un groupe de lots constitu ant unité parfois complexe, mais toujours cohérente».

دستوريا إقتضى رقابة قضائية متخصّصة وقوية متمثّلة في النظام القضائي الإداري بموجب المادة 2/152 من الدستور.

ويخضع المؤسس الدستوري الإدارة الى مبدأ المسؤولية عبر تقرير عدّة قواعد تتعلّق بمسؤوليتها عن أعمالها القانونية المادية كمسؤوليتها عن أعمال الضبط الإداري، وعن الأخطاء القضائية، وقاعدة التعويض في مجال نزع الملكية، إنّ لم يكن المبدأ مقرّر شكلا، وبصفة مبدئية حيث غاب عن الدستور المصطلح الموحّد، فهو مستنتج، كما نجد في القانون المقارن.

والحقيقة، أنّ النص الدستوري في مختلف أبوابه وفصوله وكأنّه يقترحها كعناوين بيداغوجية لمختلف المفاهيم المدرّسة في القانون العام، والقانون الإداري، خصوصا.

وهكذا فإنّه يقر للإدارة، أي السلطة التنفيذية سلطة "التنظيم" و"التعيين"، و"نزع الملكية" كامتيازات، وكما يوقع على عاتقها إقامة مرافق عمومية عددها كحقوق المواطنين.

وتستفيد بعض عناصرها من ضمانات عامة تتعلق بموظفيها (المادة 2/122) وكذا ما تعلق بالحماية المقررة لأملاكها (المادة 17).

فقد تضمّن النص الدستور، ما يمكن تكييفه بالضمانات الممنوحة للإدارة العمومية، والتي تتمثّل في ضمانتين رئيسيتين هما: "الوظيف العمومي" فهو المصطلح الدستوري المكرّس، وكذا "الأملاك الوطنية"، والتي يمكن تكييفها، أيضا أنّها وسائل لنشاط الإدارة القانوني والمادي.

فأمّا ماتعلق بما وصفه المؤسس الدستوري بـ "الوظيف العمومي" (المادة 26/122) فإنّ المادة 122 تتضمّن: "الضمانات الأساسية للموظّفين"، والتي تعتبر، بالنتيجة، "ضمانات دستورية"، والتي، وإن انصرفت الى الموظّفين، فلأنهم وسائل إقامة الإدارة في ديمومتها، فعرض تلك الضمانات يهدف الى ضمان سير الإدارة بانتظام واضطراد، فهو ليس إمتياز prévilege ولكنها حماية دستورية لضمان استمرارية الإدارة، فليست الإدارة إلا موظفيها.

وقد تضمّن النص الدستوري، أيضا، ضمانة أخرى لصالح الإدارة المتمثّلة في الأملاك الوطنية، فهي ضمانة وامتياز لصالحها، حيث: «(...) تمتلكها كل من الدولةوالولايةوالبلدية». (المادة 18 الفقرة الثانية). فهذه الأملاك الوطنية تتكون من الأملاك العمومية والخاصة، فهي بالنظر لطبيعتها الدستورية موجّهة كضمانة لسير الإدارة بضمان الوسائل المادة، وخاصة، بالنسبة للنواة الأساسية للإدارة المكوّنة من المرافق الإدارية خصوصا.

تظهر تلك الأحكام عبر المصطلحات المكرّسة والتي أكّدنا عليها وأكثرنا الإشارة إليها، تَضَمُّنَ الدستور لاصطلاحات متناثرة عبر مواد تسمح برصد كثير من عناصر النظام القانوني للإدارة

إنّ تلك الآثار هي،في الحقيقة،مانتج عن الاعتراف الدستوري بالشخصية المعنوية للدولة وجماعاتها الإقليمية. وهو ما يجعلنا نؤسس ذلك على أساس من الواقع الدستوري،وبذلك يتجاوز النقاش الدائر حول الشخصية المعنوية للدولة خاصة وللإدارة عموما[1]. فقدتثبت الشخصية المعنوية لهذه الهيئات بتلك الآثار.وكما كتب الأستاذLinditch: «فلم يعد يدور في خلد شخص،إنكار الشخصية المعنوية للدولة عندما تتعـاقد،وعندما تتصرف في أملاكها،وعندما تتقاضى، وعندماتتصرف كأي شخص معنوي آخر،من القانون العام طبعا»[2].

والحقيقة أنّنا نستطيع استنتاج اكتسابها الشخصية المعنوية من آثارها التي نظّمها المؤسس، ويمكننا كذلك أن نستند الى اجتهاد المجلس الدستوري الذي تناول موضوع الشخصية المعنوية في رأي رقم 10 المتعلّق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور لسنة 2000[3]، حيث أنّه في رقابته للمادة 84 من النظام الداخلي الّتي نصّت على أن: «(...) يتمتّع المجلس الشعبي الوطني بالشخصية المعنوية»، حيث ردّ المجلس الدستوري بالحيثية التالية: «**اعتبار أن موضوع الشخصية المعنوية يندرج ضمن مجال تنظيم المجلس الشعبي الوطني الذي يعود بموجب المادة 115 (الفقرة الأولى) من الدستور الى القانون، بحكم أن الغرفة المعنية تبني تصرّفاتها مع الغير على أساس دستوري وتشريعي**». فقياسا على ذلك، يمكن أنّ الإدارة العمومية قد اكتسبت شخصيتها من الدستور، بحكم أنّ تصرّفاتها مع الغير تبني على أساس دستوري وتشريعي.

وبذلك، يتّضح هذا المفهوم (الشخصية المعنوية) التجسيد للوحدة القانونية للإدارة العمومية، والذي يرتّب آثاراً ينظمها الدستور كما باقي الاحكام التشريعية والتنظيمية.

إن دسترة هذه الآثار في النص الدستوري تعطي تماسكا يحول دون "بعثرة" نظامها القانوني ويقلص من حرية الإدارة في خلق قواعد مختلفة حسب كل إدارة قطاعية.

تؤدي دسترة هذه المصطلحات المنتمية للقانون الإداري الى "تثبيت" و"استقرار" تلك المفاهيم التي تتضمنها تلك الاصطلاحات، وخاصة تلك المصطلحات المكرّسة بالتوافق مع الفاعلين القانونيين (القضاة، المشرّعين، والإدارة) وكذا رجال المذهب La doctrine، فغالبا ما تكون هي: خلاصة التفكير la synthèse القانوني لهؤلاء الفاعلين، في فترة معيّنة، فتنال الإجماع لفترة طويلة، خاصة إذا كانت توافق

[1]Cf, Florian Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, L.G.D.J.1997

[2], « Il ne viendrait à l'esprit de personne, de nier la personnalité de L'Etat. L'ors qu'il contracte, dispose de son domaine, agit en justice, il se comporte comme n'importe quelle personne morale, de droit public s'entend » Ibid. p.104.

[3] رأي 10 سبق ذكره.

بين متطلبات "الانسجام والصدقية" cohérence et fidélité، بالنسبة لمعطيات القانون الوضعي، كما يرى ذلك الأستاذ Vedel[1].

إنّ المصطلح الدستوري بخصائصه، بحكم أنّه الأساس الكلي للقاعدة القانونية الأكثر عمومية وتجريدا، إضافة لسموّه الشكلي والمادي يرتب آثاره تجاه الجميع، وخاصة تجاه منتجي القواعد القانونية، من السلطات التشريعية والتنفيذية[2] والقضائية[3]، والذين يرتكزون على مصطلحات قانوني، إمّا تشريعية، أو تنظيمية، أو اقتصادية، فيترتب عن ذلك اعتبار ما تستعمله تلك السلطات غير دستوري إذا اختلفت المصطلحات، وهو ما نستنتجه من آراء وقرارات المجلس الدستوري، حيث يسلك سلوكا متشدّدا في رقابة استعمال المصطلحات التشريعية بحرصه على الاستعمال المطابق، وتقريره، إمّا بإسقاط تلك المصطلحات لعدم ورودها في النص الدستوري، أو باستبدالها، (كمثال: استبدال كلمة "الدورات" بـ "الجلسات")، أو بإعادة صياغتها.

والحقيقة، أنّ ذلك، كان، بمناسبة ممارسته لرقابة المطابقة للقوانين العضوية والتي تختلف عن الرقابة الدستورية، وقد رأينا أنّ الأمر لا يختلف كثيرا، فقد اعتمد على المصطلح في أعمال الرقابة الدستورية في قرار محافظة الجزائر الكبرى مما يجعل الأثر عاماتنصرف اليه كافة الآثار، فهل تستجيب تلك السلطات وتحترم المصطلح الدستوري في صياغة أعمالها، لا يمكن الجزم بذلك، ما دام الإنتاج القانوني عموما، وخاصة التنظيمي منه الذي يفلت، عادة، من الرقابة الدستورية، وكذلك الأمر، بالنسبة للاجتهاد القضائي، ومهما يكن، فإنّنا، يمكن أن نؤكد على تأثر الإدارة والقضاة بالدستور عموما، دون أن نجزم أو نؤكّد التزامهم بالمصطلح الدستوري، ولو نسبيا، فقد لا حظنا ذلك، في بعض القرارات القضائية، فقد ذكر مصطلح "ضمانات دستورية" عندما تناول القاضي الإداري موضوع ضمانات الدفاع المقرّرة للقضاة (وسيأتي التذكير بالقرار في الباب الثاني–الفصل الثاني–المبحث الاول).

ولكن هذه العمومية والتجريد والسمو التي يستفيد منها المصطلح الدستوري قد لا تجد لها صدى يذكر في الصياغة القانونية الكثيفة والمتغيّرة بحكم كثرة المصطلحات المستورة، وخاصة من الأنظمة الأكثر حداثة كالمصطلحات الأنجلو سكسونية التي تغزو المصطلح القانوني الجزائري عبر الاتفاقيات الدولية، وخاصة ذات الطابع الاقتصادي.

ورغم "انفتاح" المفاهيم الدستورية وعدم تحديدها Indéterminés، فإنّ مفهوم الإدارة قد قيده الدستور بمعاني قانونية مما يضعه في إطار يسهل عملية تفسيره وقراءته. وقد ظهر واضحا عندما عدد الأشخاص المعنوية الإدارية.

[1] Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, in : P. Amselek (diz)
[2] Denys Béchillon, Op.cit. La fonction administrative.
[3] Denys Béchillon, Op.cit. La fonction de la justice.

إنّ هذا التعداد جعل الإدارة عبر الأشخاص المعنوية، أشخاصاً قانونية، والحقيقة أن ذلك يعد تأسيسا دستوريا لها.

فإنّ استعمال مصطلح الإدارة العمومية وباقي التعبيرات التي ذكرناها يضمن لها استقلالية شكلية ومعيارية كما استخلصها الأستاذ Gulgilumi: «إنّ الهدف من استعمال مفهوم الإدارة العمومية هو قبل كل شيء ضمان الاستقلالية الشكلية والمعيارية للسلطة التنفيذية في ميدان معين، وفي مجموعة مواضيع (...)».

ويكون المؤسس الدستوري بذلك، قد منح "استقلالية" للإدارة، بنتائج وأثار دستورية متناثرة في النص الدستوري.

وهو في الحقيقة، بتكريسه للمصطلح الدستوري "الإدارة العمومية" (م 6/85) والمادة 23، يكون قد منحها دسترة شكلية موجودة في الدستور.

إنّ هذا التأسيس يمنح الإدارة سلطة قانونية تجاه الكافة. فهي تملكها تجاه باقي السلطات العمومية (البرلمان، والقضاء) وتجاه المواطنين.

فهي تظهر من خلال النص عبر مبدأ الاستمرارية. فهو ينظم استقلالية السلطة التنفيذية بمناسبة شعور منصب رئيس الجمهورية (المادة 90 من الدستور) فتبقى قائمة، إذ تنصّ المادة 90 من دستور 28 نوفمبر 1996 على أنّه: «لا يمكن أن تقال الحكومة القائمة إبّان حصول المانع لرئيس الجمهورية أو وفاته أو استقالته حتى يشرع رئيس الجمهورية الجديد في ممارسة مهامه» (الفقرة الأولى من المادة)، تنظّم المادة الدستورية استمرارية السلطة التنفيذية، أي استمرارية الإدارة العمومية، وهي لا شكّ إحدى خصائص والأثار الناتجة عن إكساب الإدارة العمومية الشخصية المعنوية، على أساس دستوري، فبالتالي، فإنّه يمكن تنظيم آثار سيرها بما يضمن الديمومة، والتي قد تؤدي إلى نتائج خطيرة في مجال ممارسة السلطة والمساس المفترض بالحقوق الأساسية وقد كان هذا التخوف مصدرا لكثير من الآراء الفقهية. ومن بينها ما عبّر عنه الأستاذ:Delaubadere من أنه لا يكفي القول بأنّ الإدارة هي موضوع القانون الإداري، وقد كتب أنّنا: «نلاحظ نوعا من الغموض وعدم الدقة التي ترتبط بالصيغة الملائمة مبدئيا، والمتمثلة في اعتبار الإدارة موضوعا للقانون الإداري»[1].

[1]Delaubadere cité par Delphine COSTA Op.cit. P.14. «On mesure… la part d'ambiguté et d'aproximation qui s'attache à la forme le pertinente dans son principe, selon laquelle l'administration constitue l'Object du droit administratife».

وبالفعل، فإن مجرد ذكر الإدارة في الدستور هو تحديد للإطار الذي تنخرط فيه. فهي ليست موجودة لذاتها وبذاتها. وهو كما نلاحظ فإن جميع التعبيرات المستعملة تصف لنا إدارة مراقبة ومحايدة وخاضعة.

فالنص الدستوري، يصف لنا إدارة عمومية، يسهر الوزير الأول على سيرها (المادة 4/85) للقيام بمهمّته: "تنفيذ القوانين والتنظيمات"، فهي بذلك خاضعة لسلطته، أي تابعة له، بما يؤكّد خضوعها لرقابة رئاسية، فهي تبدي صورة توفق فيها بين الإدارة المستقلّة والتابعة.

يمنح النص الدستوري إدارة في إطار دولة القانون خاضعة للقضاء، عموما، والقضاء الإداري خصوصاً، بما يتوافق ومتطلّبات احترام الحقوق الأساسية، بالنظر للمهمة الدستورية للقضاء التي تتمثّل في ضمانة تلك الحقوق.

وتكتمل تلك الصورة والبناء الدستوري بتقرير عدم تحيّز الإدارة بما يجعلها خاضعة في ممارسة أعمالها لهذا المبدأ، بما يضفي عليها قدرا من الليونة التي تعاكس صورة السلطة البارزة بامتيازاتها، فالمادة 23 تفرض مصطلحاً جديداً يصعب تفسيره، بحكم غيار في الخطاب القانوني لمدة طويلة.

تُعدّ تلك الصفات والخصائص ضمانات يمنحها المؤسس الدستوري لمجتمع مدني حديث ينبثق من رحم الإدارة والاقتصاد المخطط.

وبالتالي، فإنّ النص الدستوري يضع الإدارة في إطار علاقاتها. تلك العلاقات التي مضمونها حقوق وحريات الأفراد والمواطنين. بل إنّ تلك الحقوق تحكم تلك العلاقات وتكيفها، وتقيدها.

فمحاولتنا لتعريف الإدارة كما جاءت في النص الدستوري عبر المصطلحات المكرسة نصا، جعلتنا نستخلص أن التعبيرات تتجاوز في معانيها، مجرد التسمية المحايدة بل هي تحمل مضامين ومعاني. فهذه المضامين والمعاني تحيلنا إلى العلاقات التي تقيمها الإدارة مع الغير، والمواطن خصوصا. وهي ليست علاقات عادية بل هي علاقات لمواطنين لهم حقوق لحماية حرياتهم وكذا حقوق للمطالبة بالتزامات تقع على الإدارة.

إنّ ذلك يمثل المهام التي على الإدارة القيام بها (وهو يحيلنا إلى ما يسمى التعريف المادي للإدارة).

والحقيقة، أن ذلك يعد تعريفا قانونيا قائم على أسس من الحقيقة الدستورية (الفصل الثاني) التعريف على أساس العلاقة مع (الحقوق والحريات).

وأمّا الناحية النظرية، فإنّ التعريف لم يكتف بالوصف والتحديد بل وضع الإدارة كسلطة في وضعية لائقة فلا يكفي مجرد التعريف لأن الهدف الاساسي من التعريف هو تحديد حدودها، من وجهة نظر دولة القانون تسعى إلى ضبط طغيان الإدارة العفوي التي تستمده من كونها سلطة.

وبذلك يكون الدستور قد أزال كثيرا من الغموض وعدم الدقة الذي يطبع مفهوم الإدارة والتقلبات التي تصيبه، وخاصة بوضع إطار دستوري عام لنظامها القانوني (الذي سنتناوله في الباب الثاني).

وبالتالي، فقد سمح النص الدستوري للمجلس الدستوري من استنتاج تعريفٍ للإدارة ينبثق من مبدأ الفصل بين السلطات (المبحث الثاني).

المبحث الثاني: التحديد المجرّد: التعريف المنبثق من مبدأ الفصل بين السلطات

لقد كرّس المجلس الدستوري الجزائري مبدأ الفصل بين السلطات مبكرا واعتمده بكثرة وقد كان محلا لعدة بحوث[1].

نرى أنّ أهم نتيجة هي إسهامه في تحديد مفهوم الإدارة من خلال آراءه وقراراته (المطلب الأول) المكرّسة للبعد العضوي للمبدأ، والتي توافق حقيقة النص الدستوري من خلال "الوظيفة التنفيذية" للإدارة المكرّسة للبعد الوظيفي للمبدأ (المطلب الثاني).

فهذا يظهر دسترة المفهوم (التعريف) من خلال الرقابة الدستورية (أراء المجلس الدستوري)، وكذا من خلال المعيارية Le normativisme التي أصبح يتمتع بها النص الدستوري. وهو ما لاحظه الأستاذ Vedel فكتب: «أنّ الدسترة محمولة في الرقابة الدستورية، وبمعيارية النص الدستوري»[2][*].

المطلب الاول: اسهام المجلس الدستوري في تعريف الادارة

لقد أسّس المجلس الدستوري تعريفه للإدارة على مبدأ الفصل بين السلطات (الفرع الأول) وعلى نتيجته المتمثلة في "الاستقلالية" اللازمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التأسيس بالاعتماد على مبدأ الفصل بين السلطات

إنّ تبنّي مبدأ الشرعية المكرّس للمعيار العضوي، يُعدّ، ضمنيّا تكريسا لاستقلالية الإدارة (الفقرة الأولى)، وليكرّس المجلس الدستوري ذلك عن طريق اجتهاده بخلق مبدأ الفصل بين السلطات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وجود سابق:على أساس مبدأ الشرعية

عموما، لم يتصدى الفقه الجزائري لتعريف الإدارة إلا استثناء وقد كان المشرع أول من أسهم في تعريف الإدارة بشكل غير مباشر عبر تحديده لمجال اختصاص القاضي الإداري[1].

---

[1]Bendourou (Ramadan) ,le conseil constitutionnel algérien, R .D.P ,1991.
Bachir yelles chaouche, le conseil constitutionnel en Algérie :du control de constitutionnalité à la créativité normative office des publications universitaires, 2002.

[2]J. Vedel, préface à l'ouvrage, les sources constitutionnelles du droit administratif, L.G.D.J, 2006.

[*] «La constitutionnalisation est porté par le contrôle de constitutionnalité, et par le normativisme»

فقد نصت المادة 07 على اختصاص قاضي الغرف الإدارية كلما كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية طرفا في النزاع، مما استنتج منه رجال القانون في الجزائر تعريفا الإدارة[2]. وقد اعتمد المشرع على المعيار العضوي في ذلك التحديد لميدان اختصاص القاضي الإداري، وبذلك يكون قد حدد وعرف الإدارة تعريفا عضويا.

وهكذا، فإنّ الإدارة هي مجموع الأشخاص المعنوية الإدارية:الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

فالمشرع اعتمد على مفهوم الشخصية المعنوية لتحديد مفهوم الإدارة.فهو تعريف دقيق من الناحية القانونية وله أثار قانونية كبيرة.فهو يسمح له بتفادي اصطلاحات غير دقيقة كأن يستعمل مصطلحات غير دقيقة على شكلية:"المصالح العمومية" أو "الإدارات العمومية" أو الهيئات العمومية،مما يضفي عليها غموضا بسبب كثرة الفرضيات الناتجة عن اصطلاحات الغير المضبوطة، والتي لا تحيلنا الى أي مفهوم قانوني معروف.وأمّا من حيث أثار قانونية، تلك التي تنتج عن الشخصية المعنوية، فهي مهمة لأنها تؤسس مختلف السلطات الإدارية وكذا تؤسس الحقوق المالية خاصة: الميزانية والملكية.

وعموما،فإنها تجعل الشخص المعنوي الإداري،يكتسب حقوقا ويتحمل التزامات،مكتسبا لامتيازات السلطة العامة بصفة تلقائية.وهو ما يسمح بالإجابة السريعة والواضحة عن كل أثار الناتجة عن تصرفات هذه الأشخاص.

ولكننا نعتقد أن أهم أثر يتمثل في اخضاع هذه الإدارة العمومية لرقابة الشرعية عبر اختصاص القضاء الإداريبالمنازعات الناجمة عن نشاطها.فبهذا المعنى،فإنّ نشاطاتها تخضع للقانون الإداري،فهي،بالتالي،فخضع للشرعية.فالخضوع للشرعية،يدرج الإدارة في منطق قائمعلى احترام القانون الذي هو حامي الحقوق والحريات.

والحقيقة، فإنّ مفهوم الشرعية ينبثق من الفصل بين السلطات والذي نستنتجه من الهرمية القائمة على سمو القانون وتبعية القرار الإداري.وهو بذلك مفهوم ليبرالي.

يبدو ذلك غير متوافق مع معطيات دستور 1976 الذي يبقي يَستبْعِد مبدأ الفصل بين السلطات.فهي بذلك،تنتج لنا إدارة عمومية بثوب"ليبرالي" في ظل سلطة ثورية تهدف أساسا إلى إقامة الاشتراكية.

وهكذا، فإننا نستنتج تعريفا للإدارة العمومية ينبثق من مبدأ الشرعية.

---

[1] انظر، مذكرتنا للماجيستر بعنوان: الأسس الدستورية لرقابة الشرعية، سنة 2002.

[2] أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1990.

ورغم ذلك، فان دستور 1976 أحدث بعض الآثار، بالنسبة لمفهوم الإدارة. فقد نص في المادة 178 على أنّ: «المجلس الأعلى ينظر في القرار التنظيمية».

ويبدو ذلك مجرد إدراج لمبدأ موجود في التشريع الجزائري وتأكيده،وقد أعتبر ذلك من قبل الأستاذ محيو أنه ترقية لحق رفع الدعوى le droit de recours كترقية عامة دستورية

استفادت منها المبادئ العامة للقانون[1] فهي بذلك،منحت أساسا دستوريا بالحق في رفع دعوي إدارية، وبالتالي حولتها من قاعدة تشريعية إلى قاعدة دستورية.

وهكذا، فان منح أساس دستوري لحماية الشرعية، ينتج عنه مباشر للإدارة.فهي بحكم خضوعها للشرعية تدرج في مقتضيات القانون الذي يعود له في دستور 1976: «الحقوق والواجبات الأساسية للأفراد،وبخاصة الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية (...)» (المادة 1/151).

يؤكد ذلك الوجود "الجينني"لحق التقاضي الإداري دستوريا على أثره،وهو إخضاع عمل الإدارة لمقتضيات الدستور،فإدراج كثير من المبادئ العامة للقانون في الدستور،والتي هي نتاج اجتهاد القاضي الإداري[2]يرتب كل الآثار المفترضة.

فمفهوم الإدارة موجود في التشريع ولكنه بصفة مبعثرة في النصوصوكان يتم رسم دائرة من قبل المشرع بصفة إيجابية أحيانا، وبصفة سلبية أحيانا أخرى.

وكانت أهم النصوص ما تعلق منها بالقانون الإداري خاصة وبعض النصوص المنتمية لفروع قانونية أخرى. وأهم هذه النصوص هي نصوص: نظام الوظيف العمومي[3] والصفقات العمومية[4]والأملاك العمومية[5] والنصوص المتعلقة بالرقابة والمحاسبة العموميتين[6]. وكذا قانون العمل[7]. فهذه النصوص، تضع التعريف يتم عبر تحديد مجال (تطبيق) كل نص من هذه النصوص.

فهذه النصوص تقترح الصلة بين تعريف الإدارة وتحديد عناصر النظام القانوني الإداري.وهي تأكيد على إقامة نظام إداري يتمحور حول الشخص المعنوي الإداري،بما يمنحه من استقرار.

---

[1]Ahmed mahiou, les principes généraux du droit et la constitution, R.A.S.J.E.P n°01 .1978 .p438.

[2] نفس المرجع، مقال الأستاذ.

[3] أمر رقم06-03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر، عدد 46.

[4] مرسوم رئاسي رقم 10 -236 مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010 متضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر، عدد 58.

[5] قانون رقم 90-30 مؤرخ في مايو 1990 متضمن قانون الأملاك الوطنية.

[6] قانون رقم 90-21 متضمن قواعد المحاسبة العمومية.

[7] قانون رقم 90 -11 متضمن علاقات العمل.

لهذاالإطار مما يبعده عن عدم الاستقرار الذي يغذيه الاجتهاد القضائي نظرا لغياب الإطار التشريعي الواضح.

وإلى جانب هذه النصوص التي تتعلق عموما بما يسميها لأستاذ stirnالضمانات الممنوحة للإدارة[1]،فان النص المتعلق بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة[2]يؤكد على نفس الأحكام وهي حصر الإدارة في الأشخاص الإدارية المستفيدة من هذه الامتيازات.فإرادة المشرع تهدف إلى حماية الأفراد يحصر مجال الإدارة.ونفس الأمر نلاحظه في نص المادة 679 من القانون المدني (بالقانون 14/88 المؤرخ في 03 مايو 1988)التي تمنح للإدارة امتياز الاستيلاء على الأموال والخدمات في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وذلك لضمان لسير المرافق العمومية.فالمشرع حصر الإدارة في مفهوم المرفق العمومي، في هذا النص.

فعموما، هذه النصوص تؤكد على المعيار العضوي في تعريفها للإدارة.وهكذا،فقد حدد المشرع "نواة الصلبة"عضوية ارتبطت بمبدأ الشرعية ذو الطبيعة الليبرالية رغم دسترة النظام القانوني المجسد للاشتراكية ومكتسباتها.

وكما أكّده رجال القانون، وخاصة Favoreu فإنّ المعيار العضوي هو نتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات[3]، وبالتالي، وكأنّنا نستنتج الوجود الدستوري للإدارة حتى جاء الاجتهاد الدستوري للمجلس الدستوري ليكرّس ذلك شكلا.

فمبدأ الشرعية يمنح الإدارة أساسا قانونيا واضحا بما يترتب عنه من نتائج من امتيازات للإدارة وكضمانه لحقوق الأفراد الأساسية.

فهذه النصوص تؤكد على المعيار العضوي في تعريفها للإدارة.وهكذا،فقد حدد المشرع "نواة الصلبة"عضوية ارتبطت بمبدأ الشرعية ذي الطبيعة الليبرالية رغم دسترة النظام القانوني المجسد للاشتراكية ومكتسباتها.

وقد جاء التعديل الدستوري لـ 23 فبراير 1989 لمنح الإطار الدستوري للتصور القائم على أساس صريح من الدسترة المؤسسة على مفهوم دولة القانون[4]،خاصة مبدأ الفصل بين السلطات.

---

[1] Braibant,Stirn, droit administratif français, édition de sciences po, 2004.

[2] قانون رقم 91 –11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة.

[3] L. Favoreu, le juge administratif et le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

[4]Fatahine abdrahim, l’apport de la constitution de 23 février 1989 à l’Etat de droit, mémoire de magister, année universitaire 2001 -2002.

الفقرة الثانية: تكريس مبدأ الفصل بين السلطات:

إنّ التكريس "المبكّر" للمبدأ (1) المعتمد على تفسير المجلس الدستوري أحدث آثارا دائمة في تصور تنظيم السلطات (2).

اعتمد المجلس الدستوري على اجتهاد قوي قائم على تأكيد وترسيخ مبادئ الدسترة،خاصة مبدأ الفصل بين السلطات.وقد أكد المجلس على ذلك المبدأ باستمرار في معظم قراراته،وقد كان الرأي رقم 1 المتعلق دستورية القانون المتضمن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني والقرار الثاني المتعلق القانون الأساسي بالنائب[1]هو الذي خلقاً مبدأ الفصل بين السلطات. جاء هذا الرأي الأول[2] متقارباً زمنياً مع القرار المتعلق بالنظام الأساسي للنائب، والذي تمّ بإخطار رئيس الجمهورية، يتعلّق بدستورية النص الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني في 1989/07/22، والذي عنوانه: "قانون يتضمّن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني".

وقد وضع المجلس الدستوري مبدأ الفصل بين السلطات في الحيثية الأولى حيث كانت الحيثية كما يلي: «(...) **نظرا لكون محور الدستور، أقام** **<u>مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره عنصرا أساسيا</u> في تنظيم السلطات العمومية**».

ففي هذا الرأي فإنّ المجلس الدستوري يعتبر أنّ ذلك النص الصادر عن المجلس الشعبي الوطني غير مطابق لدستور من حيث تقديمه في شكل قانوني، فيما يخص الأحكام المتعلقة بالنظام الداخلي، والذي يؤسسه المجلس الدستوري على مفهوم المطابقة للدستور لكونه: «**يجب أن يكون معلوما بصفة صارمة فإنّه يتعيّن من هذه الوجهة على النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني أن يعبّر بأمانة في أحكامه عن الخطة البيانية المضمّنة في القواعد الدستورية التي يستنبط منها جوهرها**» ويورد المجلس مظاهر المساس بالمبدأ كمساسه بصلاحية رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية، عندما نص القانون المذكور على إمكانية عقد المجلس في ظروف استثنائية، وفي أي مكان آخر من التراب الوطني، وكذلك ما تعلّق من أنّ : «المجلس الشعبي الوطني (...) كون لجنة دائمة لتطلع على العرائض التي ترسل اليه، <u>وتدرسها، وتخطر إن اقتضت الحال الأجهزة والهياكل التابعة للدولة</u>»، ففي تقديره، فإنّه تجاوز اختصاصه.

---

[1] القرار رقم 2 –ق.م.د–89 مؤرخ في 28 محرم عام 1410 الموافق 30 غشت سنة 1989 يتعلق بالقانون الأساسي للنائب.

[2] رأي رقم 1–ر.ق.–م.د.–1989، الموقع عليه في الثامن والعشرين غشت 1989.

وقد رتب الرأي الأول نتيجة مهمّة وهي أنّه: «(...) يترتب عليه أنّ كلّ سلطة لها صلاحية تنظيم عملها الداخلي وضبطه (...)»، وهي تبدو بكورة النتائج المترتبة على تبني المبدأ.

وقد جاء القرار الثاني المتعلّق بالقانون الأساسي بالنائب[1] ليؤكّد على وجوده وتبنّيه وتكريسه.

يتعلق القرار بفحص مدى دستورية النظام لأساسي للنائب، وهو يبدو، للوهلة الأولى، بعيدا عن مجال الإدارة والقانون الإداري.

وقد تم الإخطار من قبل رئيس الجهورية رسالة متعلقة بدستورية القانون رقم 14.89 المتضمن القانون الأساسي للنائب.

وقد مارس المجلس الدستوري الرقابة على مجمل النص القانوني، فألغى بعض مواده لعدم دستوريتها[2].

إنّ ما يهمّنا هو حيثية قرار المجلس فيما يخص المواد 17 و33 و21 و20التي تعالج دور النائب في دائرته الانتخابية.

فالمأخذ التي تؤسس لهذا الإخطار يمكن ذكرها كما جاءت في القرار. تتعلق الأولى(المادة 17) و«نظرا لكون المادة 17 من القانون المتضمن القانون الأساسي للنائب، تخول لهذا الأخير أن يتابع في الدائرة التي أنتخب فيها الحياة السياسية والاقتصادية (...)، وخاصة المسائل المتعلقة بتطبيق القوانين والأنظمة وممارسة الرقابة الشعبية، وكذا المسائل المتعلقة بنشاط مختلف <u>المصالح العمومية</u>».

وكذا المادة 33 «المتناولة في نفس الاتجاه، والتي تنص على أنّه: عند نفاذ جدول أعمال المجلس، يتفرغ النائب لدائرته الانتخابية، وفي هذا الإطار، يجب عليه أن يسهر <u>على تطبيق القوانين والأنظمة</u> (...)».

وقد قرّر المجلس، بعد إقراره للمطابقة الجزئية للمادتين للدستور، حذف الجملة القائلة: "وفي هذا الإطار يجب عليه أن يسهر على تطبيق القوانين والأنظمة". وقد أسس المجلس قراره فيما يتعلق بالمادتين 17 و33 على أساس الحيثية التالية:

«ونظرا لأن مبدأ الفصل بين السلطات يحتم أن تمارس كل سلطة صلاحياتها في الميدان الذي أوكله إياه الدستور».

---

[1] قرار رقم 2–ق–ق–م.د–89، مؤرخ في 28 محرّم عام 1410 الموافق لـ 30 غشت 1989، يتعلّق بالقانون الأساسي للنائب ضمن نشرية: "أحكام الفقه الدستوري الجزائري" الصادرة عن المديرية النشر للمجلس الدستوري.

[2] Amar Guesmi, le contrôle deconstitutionnalité en Algérie, réalités et perspectives, R.A.S.J.E.P, N°1-2, 1991.

ليواصل: أنّه «(...) بتحويل النائب أن يتابع فرديا المسائل المتعلقة بتطبيق القوانين والتنظيمات وممارسة الرقابة الشعبية، والمسائل المتعلقة بمختلف نشاطات المصالح العمومية، أسند القانون الأساسي للنائب مهام تتجاوز صلاحياته الدستورية.

وينجزُ عنه أي يعتبر نتيجة له وهو ما يفهم من عبارة "يحتم"، أنه يجب على كل سلطة أن تمارس صلاحياتها في الميدان الذي أوكله إياه الدستور».

ويواصل المجلس: فيما يخص المادة 20،وما تناولته من مشاركة النائب في أشغال المجلس الشعبي الولائي والمجلس الشعبي البلدي.

نظرا لكون النيابة في المجلس الشعبي الوطني ذات طابع وطني، تطبيقا للمادة 99 من الدستور،وأنها تمارس في إطار اختصاص السلطة التشريعية وحدوده،ونظرا لكون مهمة الرقابة الشعبية موكلة إلى المجلس الشعبي الوطني وفقا ما نصت عليه المادة 149 من الدستور،وهي تمارس على الخصوص ضمن الشروط المحددة في المادة 151 من الدستور.

ونظرا للنص على أنّ النائب يشارك في اجتماعات المجلس الشعبي الولائي والمجالس الشعبية البلدية الداخلة في دائرته الانتخابية،فإنّ القانون يوكل إليه صلاحيات تتجاوز مهمته النيابية،وبناء على ما تقدم،يقول المجلس أن المادة 20 غير مطابقة للدستور.

وأمّا حول رد المجلس على المادة 21 التي تخول للنائب طلب سماع الهيئة التنفيذية للولاية. حول كل مسألة تتعلق بسير المصالح العمومية التابعة لدائرته الانتخابية، فكان ينص على الحيثية التي تقضي بأنه " ونظرا لكون هذا الإجراء يشكل أمرا موجها للسلطة التنفيذية ولا يندرج بتاتا ضمن صلاحيات النائب الدستورية.ونص المادة 21 على هذا النحو يستبعد مبدأ الفصل بين السلطات.

فإذا انطلقنا من تعريف Vedel وقد أصبح محل إجماع، بعدما تطورت ظاهرة الدسترة،فهو عرفها وفقا للمعطيات الدستورية لما قبل دسترة 1958 بأنّ (الإدارة) في كنهها، هي ممارسة السلطة التنفيذية.

فهذا التعريف التقليدي حسب تعبير Vedel قائم على فكرة سيادة القانون ومفهوم الشرعية.

والحقيقة أن تعريف المجلس الدستوري الجزائري يعتمد هو أيضا على مفهوم السلطة التنفيذية، ولكن المجلس يعتمده كنتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات. ففي النهاية، فإن التعريف ينطلق منه هذا الأخير.

وهذا على خلاف تعريف Vedel الذي تم اعتمادا على مفهوم السلطة التنفيذية.

فإذا انطلقنا من تعريف Vedel وقد أصبح مسلما به، فإنّ المجلس أعطى تعريفه للإدارة على أساس مبدأ الفصل بين السلطات الذي بموجبه «**يجب على كل سلطة أن تمارس صلاحياتها في الميدان**

الذي أوكله إياه الدستور» (الحيثية).ولأنّ تنفيذ القوانين والأنظمة «(...)**إجراء يشكل أمرا موجها للسلطة التنفيذية**(...)» (الحيثية) و«(...) **لا يندرج بتاتا ضمن صلاحيات النائب الدستورية**».

وقد أثار المجلس الدستوري مبدأ الفصل بين السلطات في قراره رقم 03 المؤرخ في 18 ديسمبر1989[1]، المتعلق باللائحة المتضمنة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني.وقد قام رئيس المجلس الشعبي الوطني بذلك الأخطار حول المادة 49 من اللائحة.وقد جاء في حيثية القرار، «**فإنّ المادة 49من النظام الداخلي لا يمكن في أي من أحكامها أن تمنح للجان الدائمة للمجلس الشعبي الوطني أو لأعضائها سلطة تفتيشية من شأنها أن تشكل مساسا لمبدأ الفصل بين السلطات فارتأى عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 49 من النظام الداخلي**».

وقد أكد المجلس على المبدأ من خلال رأي المجلس الدستوري رقم 04 المؤرخ في 19 فيفري 1997 حول دستورية المادة 02 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، المصادق عليه من المجلس الانتقالي بتاريخ 06 جانفي 1997 حيث ذكر أنّه: «اعتبارا أن المؤسس الدستوري، باعتماده مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ أساسي لتنظيم السلطات العمومية، قد عمد إلى تحديد اختصاص كل منهما، والتي لا يمكن أن تمارسه إلا في المجالات وفق الكيفيات التي حددها الدستور...» نلاحظ أن المجلس يورد قاعدة التوزيع الدستوري للاختصاصات مقترنة بالمبدأ. وهو ما أكد صراحة في القرار المتعلق بالنظام الأساسي للقضاء لسنة 2004 حيث استعمل مصطلح "المبدأين" أي الفصل بين السلطات ومبدأ التوزيع الدستوري للاختصاصات فهما أصبحا مبدأين متلازمين. وهو ما يؤكد أن الاستقلالية العضوية ستتبعها استقلالية وظيفية.

ويعتبر المجلس الدستوري أنّ الإخلال بهذا التوزيع هو إخلال لمبدأ الفصل بين السلطات إذ اعتبر المجلس أن البند السادس (06) من المادة 122.يقضي أن البرلمان يشرع في مجال:"القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي وإنشاء الهيئات القضائية"، ممّا يترتب عنه أنّ إنشاء المحاكم ضمن المجالس القضائية يعتبر اختصاصا ينفرد به البرلمان.وأضاف أنّ المادة 02 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي،موضوع الإخطار،التي تنشئ محاكم على مستوى كل مجلس قضائي،تحترم مقتضيات البند 6من المادة 122،ولكنه،ومن جهة أخرى،فإنّ المادة 2 من الأمر،عند ما أحالت أمر تحديد عدد ومقر ودوائر اختصاص المحاكم على التنظيم بموجب مرسوم رئاسي،قد أخلت بأحكام المادة 125 /1 من الدستور،التي تحدد مجال ممارسة السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية غير المخصصة للقانون.

---

[1] قرارا رقم 3 –ق.ن.د- م د -89 مؤرخ في 20 جمادى الأولى عام 1410 الموافق 18 ديسمبر سنة 1989 يتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر 1989.

وقد ارتأى المجلس الدستوري أنّ جزء المادة 02 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي موضوع الأخطار،والمحرّر كالتالي: «تحدث في دائرة اختصاص كل مجالس قضائي محاكم» يعد دستوريا،أمّا الجزء الأخر من المادة 02 والمحرر كالآتي: «يحدد عددها ومقرها ودائرة اختصاص كل منها بموجب مرسوم رئاسي» يُعدّ غير دستوري.

ونجد تأكيدا مجددا للمبدأ مع الرأي المتعلق بمراقبة دستورية القانون الأساسي لعضو البرلمان. فقد جاء ذلك في الرأي رقم 12 بتاريخ 13 جانفي 2001 بناء على إخطار رئيس الجمهورية بموجب المادة 165، فقرة 1 من دستور 1996.

وقدعاود النواب التأكيد على نفس الأحكام التي سبق أن تناولها المجلس في قرار الثاني لسنة 1989. والتي قضى بعدم دستوريتها نظرا لمخالفتها لمبدأ الفصل بين السلطات.

فقد حررت المادة 12 من القانون كما يلي: "يمكن لعضو البرلمان من الحضور في النشاطات الرسمية والزيارات العالمية والاستطلاعية التي تقام على المستوى المحلي، وجلسات العمل التي تعقد في هذا الإطار". فقد أعتبر المجلس الدستوري أن في ذلك نية من المشرع بإلزام السلطات المحلية بتمكين النائب القيام بتلك النشاطات. فيذكر المجلس من جديد ويؤكد على أن ذلك الإلزام يعد إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات على أساس أن المبدأ يقتضي أن تحترم كل سلطة صلاحياتها التي أوكلها إياها المؤسس الدستوري،وبالنتيجة فان ذلك الإلزام يعد إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات.

وإعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات يقتضي احترام الاختصاص أو ما سماه المجلس الدستوري بقاعدة توزيع الاختصاص أو التوزيع الدستوري للاختصاصات، فقد قرر عدم دستورية الشطر الثاني من المادة 12 التي تنص على أن النائب "يحظى بالمرتبة التشريعية اللائقة والمرتبطة بمهمته الوطنية"، وكذا المادة 29 التي قررت أنّه (أي النائب): «يستفيد (...) في سفره في الداخل والخارج من المساعدات والتشريفات المرتبطة بصفته البرلمانية».

ويؤسس المجلس الدستورية على أساس مخالفة المادتين 122 و123،فيذكر في حيثيته أنّه: **«يستنتج من الدستور لاسيما المادتين 122 و123 أن المرتبة التشريفية اللائقة والمرتبطة بالمهمة الوطنية لعضو البرلمان واستفادته في الداخل والخارج من المساعدات والتشريفات المرتبطة بصفته البرلمانية مواضع لا تندرج ضمن المجال القانوني.**

واعتبار أن المؤسس الدستوري ينص صراحة، بموجب الفقرة الأولى من المادة 125، أنّ المسائل غير المخصصة للقانون يعود الاختصاص فيها للسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية.

واعتبارا، وبالنتيجة، أن المشرع حين أدرج المواضيع المذكورة أعلاه ضمن هذا القانون يكون قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات».

إنّ الملاحظة الأساسية التي يجب ذكرها وهو أنّ المجلس الدستوري قد عاد وأسّس مبدأ الفصل بين السلطات على المواد:122 و123 و125.

ويكون المجلس الدستوري بذلك قد وحد الأساس الدستوري لمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ التوزيع الدستوري للاختصاص.والحقيقة، أنّ المبدأ الثاني ينبثق من المبدأ الأول، وهما وجهان لنفس الحقيقة القانونية.

وهكذا، فقد أصبح المبدأ والتأكيد عليه أمرا مفترضا في كل رقابة دستورية يقوم بها المجلس الدستوري حتى بدون إثارته من قبل أصحاب الإخطار[1]، وقد تعزز ذلك من خلال تطور الإخطار الإلزامي القبلي الذي فرضه تعديل الدستور لـ 28 نوفمبر 1996 بالنسبة للقوانين العضوية.

ففيما يتعلق بمراقبة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله[2]،فقد قضي بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 20 التي نصت على أنّ: «يعد مكتب مجلس الدولة نظامه الداخلي،ويتم الموافقة عليه بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس مجلس الدولة"،"وقد قضى بنفس الحكم،وبنفس الأساس عندما فحص القانون العضوي المتعلق بمحكمة التنازع[3]حيث ارتأى أن المشرع عندما أقر بموافقة رئيس الجمهورية بواسطة مرسوم رئاسي على النظام الداخلي لمحكمة التنازع يكون قد أخل بمبدأ الفصل بين السلطات.

بل هو أسسها على مبدأ الفصل بين السلطات الذي ولد مفهوم السلطة التنفيذية كنتيجة له.

ومهما يكن إن أهم نتيجة لذلك هو أنه وضع الإدارة في صلب الدسترة القائمة على مبدأ الفصل بين السلطات.

ولكنّنا، نعتقد أنّ الأساس يتمثل بوضوح في مبدأ الفصل بين السلطات، وما المبدأ الثاني إلا أثر مترتب عنه.

---

[1] هذه ملاحظة تنطبق على معظم آراء وقرارات المجلس الدستوري، مع العلم أن الإخطارات تتم بدون ذكر للأسانيد القانونية.

[2] رأي رقم 06/ر ق. ع/م.د/98 مؤرخ في 22 محرم عام 1419 الموافق 19 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور ج د ح. عدد 37

[3] رأي رقم 07/ر. ق.ع/م. د/98 مؤرخ في 27 محرم عام 1419 الموافق 24 مايو 1998، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها للدستور.

وقد واصل المجلس الدستوري التأكيد على مبدأ الفصل بين السلطات، من خلال سلسلة من الآراء والقرارات التي واكبت بالخصوص، موجة جديدة من النصوص المرتبطة بإصلاحات سياسية، أساسا، فلم يتم رقابة نص قانوني خارج هذا المجال.

يُبرز تكرار التأكيد على المبدأ عدم رسوخ هذا المفهوم لدى الطبقة السياسية، خاصة لدى النواب، فهو لا يستعملونه للدفاع عن مجالهم التشريعي، وعادة ما يؤول ذلك المجلس الدستوري، الذي يثيره بدون إخطار من المجلس البرلماني، فقد سهر على ضبط الآثار المترتبة عن المبدأ.

وهكذا، ففي الرأي المتعلّق بالقانون العضوي الذي يُحدّد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومةحيث: «(...)**أنه بموجب المبدأ الدستوري القاضي بالفصل بين السلطات، فإن مهمة رئاسة الدولة بالنيابة أو رئاسة الدولة مانعة لممارسة أي مهمة دستورية أخرى تمس بهذا المبدأ، وبالتالي لا يعود لرئيس مجلس الأمة رئاسة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا في حالة توليه رئاسة الدولة بالنيابة أو رئاسة الدولة**»، ممّا يُظهر يقظة دائمة لحماية مبدأ الفصل وإعماله لضبط العلاقات بين السلطات العمومية خصوصا، وحماية استقلالية كل سلطة الشرعية أو القضائية أو التنفيذية.

فأمّا بالنسبة للسلطة التشريعية فقد استعمل المجلس الدستوري مبدأ الفصل للحفاظ على استقلالية المهنية البرلمانية، فقد اعتبر أنّ القانون الأساسي الخاص بموظّفي البرلمان لا يعود بموجب المادتين 22 و23 من الدستور الى مجال القانون، ولا يمكن أن يخضع بالتالي لإجراءات الإعداد والمصادقة والإصدار المقرّر في المادة 120 والفقرة الأولى من المادة 126 من الدستور، وليرتب نتيجة هو: «(...) أنّ المبدأ الدستوري للفصل بين السلطات، واستقلالية البرلمان المستمدة من هذا المبدأ لا يتعارضان مع ضبط كل غرفة قانون موظفيها الأساسي والمصادقة عليه بحكم هذه الاستقلالية»، فهو يُقرّ بأنّ تصرّف البرلمان لا يُخلّ بأي حكم أو مبدأ دستوري، ولكنّه يتدخّل لكي لا تُفسّر المادة تفسيرا خاطئا فهو تدخل بصفة وقائية عن طريق إيراد تحفّظ تفسيري.

وقد أعمل المجلس الدستوري المبدأ في سلسلة جديدة من الآراء والقرارات ليعاود التذكير به، وتطبيقه وتفسيره، وخاصة بعد عودة الحياة البرلمانية، ونتيجة لفرض الرقابة القبلية على مجموعة هامة من القوانين بحكم ورودها في المجال العضوي، فقد أثاره بدون محاولة تأسيسية انطلاقا من نص دستوري، وفي الرد على محاولة النواب كسب مجالات سلطوية، يفترضون أنّها تعود لهم بحكم مركزهم التمثيلي،

والذي يكسبهم مكانة متفوّقة على حساب السلطة التنفيذية، ففي رأيه[1] حول القانون الأساسي للعضو البرلماني، رأي أنّ: «نيّة المشرّع هي التزام السلطات المحلّية بتمكين عضو البرلماني حضور النشاطات والتظاهرات الرسمية وزيارات العملية والاستطلاعية التي تقام على مستوى محلّي وجلسات العمل التي تعقد في هذا الإطار". يجب النظر اليها من زاوية مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ أساسي ينظم ويضبط العلاقات بين السلطات العمومية، فقد اعتبر: «(...) **أنّ مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تحترم كل سلطة، حين ممارسة صلاحياتها، الحدود التي رسمها لها المؤسس الدستوري**»، وليرتب النتيجة وهي: «**(...) أنّ المشرع حين الزم السلطات المحلية مثلما يستخلص من صياغة شطر المادة مذكور أعلاه يكون قد أدخل مبدأ الفصل بين السلطات**».

ونسجل أنّ الرأي[2] المتعلق بالقانون الأساسي لسنة 2004 كان اول رأي يذكر فيه مبدأ الفصل بين السلطات منذ مجامع مبدأ التوزيع الدستوري لمجالات الاختصاص، وإن كان هذا المبدأ الثاني يعمله المجلس الدستوري بشكل مستقل في مجال احترام جميع السلطات لمجالات اختصاصه، وداخل مجال السلطة التشريعية بين ما يعد عضويا وقانونيا عاديا، وقد اعمله لحماية المجال التشريعي، كما هو الحال في هذا الرأي عندما اعتبر أنّ: «تحويل صلاحيات انشاء الهيئات القضائية الى المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة طبقا للمادة 125 (الفقرة الثانية) من الدستور، يكون قد تجاوز اختصاصه ومس بالمادة 6/122» ففي الدفاع عن البرلمان بتخليته عند اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية (اختصاص سلبي).

ونعتقد أنّأهم رأي للمجالس الدستورية فيما يتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات هو الرأي الصادر في 11جويلية 2011[3]، والذي نرى أنّه وضع القاعدة العامة أو الأثر العام، والاهم في مضمون الفصل بين السلطات، فقد أورد الحيثية على الشكل التالي: «واعتبارا أنّ مبدا الفصل بين السلطات يمنع أي سلطة ان تفرض على سلطة أخرى التزامات تدخل ضمن مجال اختصاص السلطة الأخرى.» والذي ترتب عليه أنّه

---

[1] رأي رقم 12/ر.ق/م.د/01، مؤرخ في 18 شوال عام 1421 الموافق 13 يناير 2001، يتعلق بالرقابة على الدستورية القانون رقم ... المؤرخ في ... الموافق ... المتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان في: «أراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائري (1989-2012)، الصار عن المجلس الدستوري.

[2] رأي رقم 2/أ.ق.ع/م.د/04، لـ 22 غشت سنة 2004، يتعلّق بمراقبة مطابقة للقانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، نفس المرجع، ص 181.

[3] رأي رقم 2/ر.م.د/11، مؤرخ في 04 شعبان عام 1432، الموافق 06 يوليو سنة 2011، يتعلّق بمطابقة القانون العضوي المعدّل والمتمّم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفر عام 1417، الموافق 03 مايو 1998، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر، عدد 43، ص 06.

لا يجوز وضع الزامات على الوزير أو من يمثله، وأصحاب الوظائف العليا لأنه خرق لمبدأ الفصل بين السلطات.

وهكذا، يبدو أنّ المجلس يعمل المبدأ ليقوم بوظيفته الأساسية الأولى، وهي ربط العلاقات بين السلطات العمومية[1] والحقيقة أنّ اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري متطور من حيث انه أصبح مفهوما أساسي لأثار دقيقة، وأداة مفضلة لسياسة اجتهادية، حيث ان الرقابة القبلية على قوانين العضوية والتي تنصب على تنظيم السلطات العمومية، سمحت له بإقامة رقابة دستورية «وقائية» بما سمح له ببناء صرح مؤسساتي متماسك ومنسجم، يقوم على استقلالية كل سلطة عضوية ومادية، وفي هذا السياق، وللحفاظ على استقلالية كل الهيئات بمجال اختصاصها، فقد أورد في الرأي الأخير[2] حول النظام الانتخابي أنّ انشاء لجنة الاشراف القضائي على الانتخابات، قد يمس بصلاحيات المجلس الدستوري والهيئات الأخرى حيث اعتبر أنّ المشرع يمنحه هذه الصلاحيات للجنة المذكورة لم يراع اختصاصات المجلس الدستوري المنصوص عليها ي المادية 163 من الدستور الفقرة الثانية، كما لم يراعي الصلاحيات المخولة للهيئات القضائية وقد اعتبر: «أنّ المشرع بنصه في الفقرة الثانية من المادة 170 على أنّ جميع الأطراف المشاركة في العملية الانتخابية تلتزم بقرارات هذه اللجنة قد جعل قرارتها نافذة في مواجهة المؤسسات والهيئات الأخرى، بما فيها المجلس الدستوري والجهات القضائية وفي ذلك مساس بالدستور وبمبدأ الفصل بين السلطات»(حيثية الرأي).

ويبرز الرأي وحيثية المجلس الدستوري الحفاظ الدقيق على تطبيق المبدأ، الذي أصبح ضمانة لاستقلالية الهيئات الدستورية عموما، عضويا وماديا فهو بذلك قد طور مبدأ "الحيطة" précaution التي تسهم في جعل المبدأ ناظما للحياة المؤسسية، فقد دافع في هذا الرأي على استقلالية كل الهيئات سواء المجلس الدستوري، وكذا القضاء، وعلى وجه الخصوص وفي نفس هذا التوجه يسهم فيه المجلس الدستوري في بناء المؤسسات المنسجمة مع البناء الدستوري القائم على مبدأ الفصل، والذي هو منهج "وقائي" والذي استعمل فيه تقنية "التحفظات التفسيرية"، فقد ارتأى أنه بمناسبة تحويل سلطة ضبط الصحافة المكتوبة الحق في تحديد قواعد سيرتها وتنظيمها بموجب أحكام داخلية، دون توضيح طبيعة هذه الاحكام، فـ:«**أنّه اذا كان المشرع يقصد بذلك تحديد قواعد سير وتنظيم سلطة ضبط الصحافة المكتوبة في نظام داخلي، لا يتضمن عند اعداده احكاما تمس بصلاحيات مؤسسات او سلطات أخرى،**

[1]Favoreu, La conseil constitutionnel, régulateur des pouvoirs publics.

[2] رأي رقم 3/ر.م.د/11، مؤرخ في 27 محرم عام 1433، الموافق 22 ديسمبر سنة 2011، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

ولا يتطلب اقحام هذه الأخيرة او تدخلها، ففي هذه الحالة وبالنظر الى المبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات، تعد هذه المادة مطابقة للدستور، شريطة مراعاة هذا التحفظ»[1] (الحيثية)

لقد تمّ تبنّي المبدأ بصفة "مبكرة" وليؤسس دستوريا، وليستعمل بصفة منتظمة، ليصبح مبدأ مكتمل البناء، وليحدث اثارا في تنظيم السلطات العمومية، هي بمثابة قواعد دستورية وقائية تكتسي طابع القواعد القانونية من حيث عموميتها وإلزاميتها من حيث الالزام الإيجابي والسلبي.

(2) إنّ التفسير الذي تبناه قاضي المجلس الدستوري، يعد اجتهادا بآثار متصلة عبر سلسلة من آراء وقرارات المجلس. فهو أنتج معيارا أساسيا هو مبدأ الفصل بين السلطات في رأيه الأولوقراره الثاني والذي أكده في قرارات كثيرة. وإن هذا التفسير يُعدّ "تجسيدا" للدستور[2]. فهذا التجسيد تم عبر سنّ قاعدة قانونية ذات طبيعة دستورية. فانطلاقا من المبدأ (الفصل) الذي يُعدّ مبدأ غير محدد وغير دقيق، اجتهد القاضي الدستوري، بمناسبة كل إخطار بشأن مسألة معينة، بإيجاد القاعدة الدستورية المتمثلة في مجموعة الآراء والقرارات التي أقرت معيارا هو مبدأ الفصل بين السلطات.

تعد هذه القرارات حصيلة لتفسير الدستور، وهي تحدد محتواه وكما لاحظنا، فإن ذلك "التجسيد"Concrètisation بخلق المعيار تم دون إجراء أي عملية استنتاجdeductionمباشرة وبدون الاستناد على مواد دستورية. فالمجلس الدستوري لم يذكر مواد منه، وهو الحريص في سياسته على إيجاد الأساس الدستوري في آرائه وقراراته والتي تعد مبدأ من مبادئ اجتهاده. ويمكننا أن نستنتج ذلك من خلال تحليلنا الشكلي للنص الدستوري. فالباب الثاني المتعلق بـ:"تنظيم السلطات" ينقسم إلى ثلاثة فصول هي بالترتيب: "السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والقضائية" فهو معطى دستوري أساسي ينبؤنا بإرادة المؤسس الدستوري بتنظيم السلطة على أساس الفصل العضوي، وقد بقي نفس التقسيم والفصل الذي أقامه دستور 1989 في دستور نوفمبر 1996.

وقد اعتبره المجلس الدستوري "مبدأ أساسيا في تنظيم السلطات العمومية" بدون أن يحدد مضمونه، فهو "مضمون غير ثابت" contenuincertain كما علق على ذلك الأستاذ **يلس شاوش**[3]،فهو كما ذكر الأستاذ مبدأ " للسياسة الاجتهادية" للمجلس الدستوري يؤدي "وظيفة"

فقد اعتبر مبدأ الفصل بين السلطات مجرّد بناء نظري من خلق المذهبية La Doctrine لا يستند الى أساس من القانون ولكنّنا نعتقد مع الأستاذ Tropperأنّ: «المعايير كمعاني، ومفاهيم هي محدّدة،

---

[1] رأي رقم 2/ر.م.د/12، مؤرخ في 14 صفر عام 1433 الموافق 08 يناير 2012 يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام، للدستور، نفس المرجع، ص 293.

[2]Bockonford, Op.cit. p.240.

[3]Yelles chaouch Op.cit. p.104.

بالنسبة لقانون وضعي معيّن من قبل المفسّرين الأصليين، أو في آخر المطاف، من قبل المذهب، ولكن ليس بواسطة التجريد والتعميم مطلقا»[1*]، ولاشكّ في كون أنّ: «(...) المفاهيم الأكثر عمومية، هي، في الغالب، مشار لها بكلمات، لا توجد في نصوص القانون الوضعي»[2]، وأنّه، في الواقع، فإنّ تلك المفاهيم محدّثة على أساس من المذهب، والإيديولوجيات، والمجاز. فتلك المفاهيم المتبنّية، يمكنها، أن تصلح، إن كانت إجرائية، لوصف مختلف القوانين الوضعية، ومن ثم التعميم»[*3].

والحقيقة، أنّنا نلاحظ أنّ اجتهاد المجلس الدستوري قد بدأ بدون أساس من القانون الوضعي، فهو قد اعتمد المبدأ دفعة واحدة، في أول آرائه وقراراته دون أن يكون ذلك موجود في النص الدستوري، بدون لفظ، أو مؤشّر.

يبرز ذلك إرادة المجلس الدستوري في خلق قطيعة سريعة مع النظام السابق في تنظيم السلطات القائم على وحدة الحزب والدولة ووحدة سلطة الدولة والتي ما زالت راسخة في التصورات والخيال، وكذا الممارسات التي تطبعها المقاومة، في بعض الأحيان مقاومة عفوية، وفي أحيان أخرى مقاومة ظاهرة. ويظهر اجتهاد المجلس استجابة لمتطلّبات الجديدة للنخبة الإصلاحية في الحزب والدولة، والتي تعتبر مفاجئة لأكثر المتحمّسين للإصلاحات.

يبرز بقاء التصورات الموروثة عن عهد الدمج بين الهيئات الحزبية والدولتية، وكذا الدمج بين السلطات الدستورية والسلطات الإدارية في مجال اجتهاد المجلس، حيث حاربه، من خلال إسقاط المصطلح الذي استعمله المشرّع عندما نصّ على أنّ مصطلح: «الهيئات السياسية العليا» الذي ذكر في مشروع حيث اعتبر أنّه اصطلاح غير موجود ففي النص الدستوري، مما يبيّن بقاء بعض الغموض لدى المشرّع، وخاصة، وهو مكوّن من نواب الحزب، والذين تفاجأوا بحكم القطيعة حيث تحفّظ الكثيرون، وعارضها رئيس المجلس الشعبي الوطني[4]، معبّرا عن ذلك باستقالته.

وتبدو تلك المقاومة منطقية فهي سمة مراحل الانتقالية، حيث أنّ النظم الجديدة يقتضي تساوق الانتقال المعياري بالانتقال المؤسساتي، لإحداث وعي جديد متوافق مع الحقائق الدستورية الجديدة.

---

[1]Tropper, La théorie dans l’enseignement du droit constitutionnel, R.D.P. 1984, P.267.

[*] «Les normes en tant que significations, Les concepts, sont en effet de terminés, pour un droit positif donné, parles inter prêtes authentiques, le cas échéant par la doctrine, mais jamais par abstract on et généralisation»

[2]Op.cit.

[3]Op.cit.

[*] «Enpratique, (…), de têts con cep crées sur le fondement de la doctrine, d'idéologies, de métaphores. Les concepts, ainsi élaborés peuvent, s'ils sont opératoires, puis».

[4] السيد رابح بيطاط، منذ 1977.

وأظهرت تجارب الانتقال الديمقراطي، وخاصة تتشابه مع النظام الجزائري، كدول أوروبا الشرقية التي تفاوتت في تجاربها، وإن خضعت لنفس المبادئ الدستورية، ويعدّ مبدأ الفصل بين السلطات من أكثر تلك المبادئ استعمالا سواء في الخطاب السياسي أو في الخطاب القانون او الدستوري. فقد اكتسب المبدأ حياة جديدة نظرا لتبني نفس النموذج القائم على فصل بين السلطات.

وقد كان الأمر أكثر صعوبة بالنسبة لدول أوروبا الشرقية (الشيوعية سابقا) للمرور للنظام الجديد، فقد كتب رجل القانون Slobodan Milacic أنّه: «**لبناء النظام الجديد للفصل بين السلطات، على المستوى الأفقي، تعويضا للنظرة العمومية لوحدة السلطة كان يجب إحداث "ثورة هادئة"، والتي لا يمكن، إلا للقاضي، القيام بها بصفة متدرّجة ومجمّعة، بواسطة تحكيمه للمنافسة الشرسة أحيانا، للسلطات الجديدة**»[*1].

والحقيقة، أنّ الانتقال المعياري في النظام الدستوري والإداري والجزائري قد تمّ بواسطة القطيعة التامة مع النظام السابق، وقد سبق تجارب انتقال في الدول الشيوعية السابقة زمنياً وفكرياً متزامنا مع ظهور "البيروشترايكا" Pérestroïka التي دشنها غورباتشيف Gorbatchev[2] في الاتحاد السوفياتي سابقا. وقد كان المجلس الدستوري الفاعل الرئيس يحكم استقلالية التي تكيّف وضعيته كقاضي، فإنّه: «(...) في إطار الانتقال الهش، فإنّ الأمل معقود على القاضي كركيزة لتطبيق المعايير»[3]. فقد كانت: «الدول السائرة في طريق الانتقال طالبة لمشاريع دستورية حديثة، كدليل على القطيعة مع الاشتراكية (...)، وتؤكد تلك الدول شغفاً خاصاً تجاه الفصل بين السلطات»[*4]، حيث تمّ تجاوز الدول القيادي للحزب الشيوعي وكامل أجهزته الإيديولوجية. وقد عوض المجلس الدستوري اجتهاده المستن الى الدستور، "الميثاق الوطني" المرجع الإيديولوجي لدستور 1976، عوض قرارات الحزب، ليعوّض الخطاب

---

[1]Xavier Boissy, Séparation des pouvoirs: L'œuvre jurisprudentielle, sur la construction de l'Etat de droit postcommuniste, Bruylant, 2003.

[*] «Pour construire le nouveau régime de la séparation du pouvoir, à l'horizontale, en remplaçant la vision verticale, il fallait "une révolution tranquille", que seul le juge pouvait accomplir de façon progressive et cumulative, en arbitrant la concurrence parfois acharnée, des nouveaux pouvoirs»

[2] بيريسترويكا، مؤلّف مترجم الى العربية من طرف الجنرال العربي سي لحسن، نسخة مطبوعة في الجزائر، سنة 1988. المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، E.N.A.G.

[3]Op.cit. P.21. (Boissy)

[4]Boissy, P.18.

[*] «Les Etats en transition étaient demandeurs de projets constitutionnels nouveaux, comme preuve de leur rupture avec le socialisme (...), ces Etat affirmaient une véritable passion pour la séparation des pouvoirs».

"الإيديولوجي" بخطاب حول دولة القانون[1]، والذي عرف استمرارية رغم "القوس المفتوح"[2] في الفترة بين سنة 1992 الى 1998.

وقد عرف المبدأ حيوية جديدة في النظام الفرنسي، حيث تمّ تحيينه من قبل المجلس الدستوري، وتوضيحه، فقد أصبح حقاً، نتيجة لتحوّله لمبدأ حام للمواطنين، فقد عاد المبدأ لأصله: حماية الفرد من تسلّط السلطة[3].

وقد عرفت دساتير ما يسمّى "الربيع العربي" بعثاً جديداً للدسترة بمبادئها، حيث: «**ينبغي الاتفاق، أنّ تصوّرا جديدا، عوض النظرة للدسترة العربية المقيّدة بالتاريخ، حيث أنّ الحداثة تصارع التقاليد**[4*].

فهذا الرأي الذي يبرز صعوبات تبنّي الدسترة في البلاد العربية عرف تسارعا، حيث أصبح حضور مبدأ الفصل بين السلطات معياراً لهذه الدسترة الزاحفة، فقد عرف المغرب الأقصى تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات لأول مرة في دستور 29 جويلية 2011»[5].

ويعتبر بعض الباحثين أنّ "الربيع العربي" كان فرصة للتجديد لنظرية الفصل بين السلطات[6]، وليعتبر أنّ ذلك يعدّ فحصا متجدّدا على ضوء التجارب فـ: «**يمكن للقانون الوضعي المقارن، على وجه الخصوص، أن يسمح لنا بالتساؤل المتجدد حول نظرية الفصل بين السلطات على ضوء الثورات العربية**»، وليخص الى القول إنّ ذلك ما هو: «**إلا التعبير عن معنى إدانة تركيز السلطات**»[7].

ورغم هذا الحضور القوي للمبدأ في كل الأنظمة الدستورية "الناضجة" و"الانتقالية"، و"الثورية"، فما زال بعض الباحثين ينكر امتلاكه لأساس من الواقع، أو اعتباره نظرية علمية، فـ: «**للحقيقة، فلا أحد يشكّ في حقيقته: إنّ الامر يتعلّق بنظرية وليس بواقعة أو نظرية علمية**»[8*].

---

[1]Op.cit.
[2]Boussoumah, Op.cit.
[3]Agnès Roblot-Trozier, Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi, La revue pouvoirs, N°143, 2002, p.98.
[4]Éric Canal-Forgues, Recueil des constitutions des pays arabes, (dir) d'études des droits du monde arabe Beyrouth, Bruylant, Bruxelles, 2000.
* «Il faut bien convenir qu'à une vision du constitutionnalisme arabe exclusivement conditionnée par l'histoire s'est substitué une nouvelle conception, ou la modernité le dispute sévèrement à la tradition».
[5]Omar Bendourou, la nouvelle constitution marocaine du 29 Juillet 2011, R.F.D.C, 91, 2012, p.517.
[6]Mathieu Touzeil-Divina ,Printemps et Révolutions arabes : un renouveau pour la séparation des pouvoirs, Revue Pouvoirs N°143, 2012, p.30.
[7]Op.cit. P.30.
[8]Moro Barberis, Le futur passé de la séparation Revue pouvoirs, Op.cit. P.5.
* «À vrai dire, personne ne s'est jamais fait trop d'illusions sur sa réalité, il s'agit bien d'une doctrine, non d'un faut ou d'une théorie scientifique».

ويمكن الملاحظة أنّ المبدأ قد اكتسى طابعا قانونيا مستقراً في العشرية الأخيرة منذ قرار المجلس الدستوري حول النظام الأساسي للقضاء (2004) بما يكسبه خصائص المعيارية ويضعه في إطار المعيارية الدستورية.

وقد استفاد المبدأ في مرحلة ثانية في تأسيس نصي بالاعتماد أساسا على المواد: 122 و123 و125 من دستور 28 نوفمبر 1996، والذي دشّنه في رأيه حول القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004، والذي أصبح متلازما مع مبدأ توزيع الاختصاصات مما يسجل مرحلة "النضج" واكتمال بناء المبدأ، فلم يعد نظرية، بل أصبح مؤسّساً قانونياً انطلاقا من النص الدستوري، وبذلك، فهو يستجيب للمتطلبات المعرفية التي تجعل من المفهوم تجديداً للواقع[1]، وتعبيرا عن حقيقة المؤسّسات.

تهدف إلى أنّ: «تضمن التوازن التأسيسي المقام"،وإلى"احترام استقلالية كل جهاز دستوري».

الفرع الثاني: الاستقلالية اللازمة

إنّ استقلالية السلطة التنفيذية (الفقرة الأولى)هي التأسيس الدستوري للإدارة(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: استقلالية السلطة التنفيذية

لقد رتّب المجلس الدستوري "استقلالية" السلطة التنفيذية وأعتبرها "لازمة".فهذه الاستقلالية هي أثر أو نتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات.

فقد ذكر في الحيثية الخامسة للقرار رقم 3 المؤرخ في 18 ديسمبر 1989 المتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني:«فإنّ المادة 49 من النظام الداخلي لا يمكن في أي حال من أحكامها أن تمنح للجان الدائمة للمجلس الشعبي الوطني أو لأعضائها سلطة تفتيشية من شأنها أن تشكّل مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات و"بالاستقلالية اللازمة للهيئة التنفيذية"».

وقد طبّق المجلس الدستوري هذه القاعدة، بالأولوية، بالنسبة للسلطة التنفيذية، والتي كان قد وضعها في آراء وقرارات سابقة. فبعد أن ارتأى أنّ: «(...) **مُحرّر الدستور، أقام مبدا الفصل بين السلطات باعتباره عنصراً أساسياً في تنظيم السلطات العمومية، كما جاء في رأيه الأول المتعلّق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني**[2]، فقد رتب أول النتائج في حمايته لاستقلالية الإدارة، فقد أورد في نفس الرأي

---

[1]Benoit, op.cit.

[2] رأي رقم 1/ر.ق.م.د/199 مؤرخ في 26 محرم عام 1410 الموافق 28 غشت سنة 1989 يتعلّق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، نفس النشرية، الصادرة سنة 2012.

الحيثيّة التالية: «**ونظرا لكون الصلاحية التشريعية للمجلس الشعبي الوطني محددة في المادة 115 من الدستور، فإنّ المجلس الشعبي الوطني حين كوّن لجنة دائمة لتطلع على العرائض التي ترسل إليه، وتخطر إن اقتضت الحال الأجهزة والهياكل التابعة للدولة وقد تجاوز هذا الأخير مجال اختصاصه،** (...)»، فالمقصود بلفظ "الأجهزة والهياكل التابعة للدولة"، الأجهزة والهياكل التابعة للسلطة التنفيذية، بالطبع، وهو يظهر أنّ مصطلح الدولة يتماهى مع مصطلح السلطة التنفيذية.

وقد واصل المجلس في نفس المنوال، في قراره المتعلق بالقانون الأساسي للنائب[1] حيث ذكر بالمبدأ الذي: «(...) **يحتم أن تمارس كل سلطة صلاحياتها في الميدان الذي أوكله إيّاها الدستور**»، وليرتب أثراً هاما وهو أنّ: «(...) **كلّ مسألة تتعلّق بسير المصالح العمومية**» يعود أمرها الى السلطة التنفيذية، فلا يحق للمشرّع أن يتدخّل في ذلك، وكان ذلك الاجتهاد الدستوري وهذه النتيجة الدستورية، فتدخّل المشرع: «(...) **يشكل أمراً موجها للسلطة التنفيذية** (...)»، والتي تملك الاستقلالية، فالأمر الموجّه لها، «**يستبعد مبدأ الفصل بين السلطات**،» (نفس الحيثيّة).

وقد قام المجلس الدستوري بتأكيد الاستقلالية التنظيمية للسلطة التنفيذية، فإقرارها في النص الدستوري لم يكن كافياً، لما جاء في المادة 125، فقد اقتضى حماية من المجلس الدستوري بشكل متكرّر، عبر إعمال مبدأ الفصل بين السلطات في الآراء والقرارات الأولى، الى حين تعضيده بالمبدأ الدستوري: التوزيع الدستوري لمجالات الاختصاص ابتداء من الرأي المتعلّق بالقانون الأساسي للقضاء لسنة 2004، والذين أصبحا يشكّلان الزوج الصلب لاجتهاد المجلس.

فقد تكرّر تدخل المجلس الدستوري في حماية المجال التنظيمي الذي يعود للسلطة التنفيذية، ففي الرأي الثاني المتعلّق بالقانون الأساسي للقضاء[2] حيث اعتبر: «(...) **أنّ المؤسس الدستوري، تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات، خوّل المشرّع صلاحية التشريع في المجالات المخصّصة له حصرا في الدستور، دون أن يتعدّاها الى المجالات التنظيمية المخصّصة للسلطة التنفيذية**»، وبالتالي: «**فإنّ المشرّع حين استند في مقتضيات القانون العضوي، (...)، الى المراسيم (...)، ويكون قد خالف مبدأي الفصل بين السلطات والتوزيع الدستوري لمجالات الاختصاص**» (الحيثية)

وهوما كان الفقه الفرنسي يؤكده وقد كتب Lafferière: «إنّنا نعلم أن مبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية يعد قاعدة من قواعد قانوننا العام، وأننا نعلم أن هناك قاعدة ثانية، والتي

---

[1] قرار رقم 2-ق-ق-م.د-98، المؤرخ في 28 محرم 1410 الموافق 30 غشت 1989 يتعلّق بالقانون الأساسي للنائب نفس النشرية.

[2] سبقت الإشارة اليه.

تعد أثر للقاعدة الأولى،وتتمثل في السيادة والاستقلالية التي يجب أن يتمتع بها كل سلطة من هذه السلطات في حدود صلاحياتها»[1].

وبهذا الصدد، يرى الأستاذVedelأنّه يمكن تفسير الفصل بين السلطات فيكتب: «أنّه يجب تقبل هذا الأخير (أي الفصل بين السلطات كمبدأ) على أنه يؤدي وظيفة تتمثل في ضمان الاستقلالية الضرورية للإدارة، (...)»[2].

وهكذا، فهو يعتبر المبدأ كمفهوم وظيفي يؤدي وظيفة هي ضمان استقلالية الإدارة.

إنّ الأستاذ Vedel أكثر من استعمل المفاهيم الوظيفية للتعريفات عندما يجد صعوبة في تعريفها منطقيا. فنجد بعض الأصناف catégories واسعة ومبعثرة ومتناقضة، وبالتالي فإنها لا تملك وحدة. ولكنها تجد وحدتها في وظيفتها. وهي كما كتب Vedel:«فهي ليست مجرد أسماء، لأنها تأتي من وحي فكرة أو مجموعة أفكار التي يمكن، ولكنها تمثل مفاهيم "منفتحة" قابلة للاغتناء من كل ما هو غير متوقع مستقبلا»[3].

وقد كان الأستاذ Vedel هو من لاحظ:«أنّ القانون الإداري يتكون من مفاهيم محضة (تصورية) ومفاهيم وظيفية، أكثر من أي قانون آخر»[4].

أصبح المبدأ، أكثر المبادئ تبنّيا من قبل الديمقراطيات الناشئة، على إثر انهيار النظم المناوئة كالنظام الشيوعي، ونظم دول العالم الثالث المتأثرة جزئيا او كليا بهذه النظم. فقد اخذ مكانة مركزية ومتميزة في إطار النظم الجديدة أو التي تبنت مراحل انتقالية، ككثير من التجارب الافريقية الرائدة. ورغم النقاشات حول معناه، فإنّه مازال حاضرا بقوة في النظم الدستورية الغربية، وتجدد الاهتمام به لأنّ: **«الفصل بين السلطات هي، قبل كل شيء، هي مبدأ من التقنية الدستورية، تهدف الى تفادي الاستبداد وضمان الحرية»**[5][*]، لإقامة الديمقراطية التي تجد لها الدسترة حاملا أساسيا وإطار وهدفا.

---

[1]Lafferiere cite par Grégoire Bigot, les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875, R.F .D.A, mars- Avril 2003.p 223.

[2]Vedel, «il faut bien admettre que celle-ci ne peut être vraiment que par sa fonction qui est d'assurer l'indispensable indépendance de l'administration».

[3]Vedel «Elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler, mais elles constituent des notions «ouvertes», prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur»

[4]Ibid. p

[5]Francis Hamon, Michel Tropper, Droit constitutionnel, L.G .D.J, 28° Edition, P.91.

[*] «La séparation des pouvoirs est avant tout principe de technique constitutionnelle destiné à éviter le despotisme et à garantir la liberté».

وحسب المذهب التقليدي فان المبدأ يتكون من قاعدتين متميزتين: قاعدة التخصص، وقاعدة الاستقلالية، فـ: «فتزاوجهما يفيد **في بلوغ نتيجة المطلوبة، الا وهي الحرية»**[*3] .

والحقيقة أنّ اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي أخذ بما أكده الفقه التقليدي (الفرنسي) والذي يعتبر أنّ المبدأ متكون من قاعدتين متمايزتين، هما قاعدة التخصص وقاعدة الاستقلالية[1].

«وتقضي قاعدة التخصص أنّ كل سلطة أو عضو هو مكلف بسلطة خاصة، ضرورية لممارسة وظيفته»[2].

يعني هذا التخصص أنّ على كل سلطة أن تمارس وظيفة واحدة، وأنّه يجب أن تمارس كاملة غير منقوصة، كما ينبغي له أنّ يمتنع عن التدخل في وظائف السلطات الاخرى[3]، والتي اقتضت اجتهاد المجلس الدستوري في ضمانة ممارسة اختصاص سواء المشرّع، او السلطة التنفيذية، والتي يمارسها كوسيلة من النظام العام.

وأمّا القاعدة الثانية، المتعلقة بالاستقلالية، والتي تهدف الى استبعاد الضغوط الممارسة من سلطة على سلط أخرى، والتي انتجت آثاراً كثيرة خاصة القواعد المتعلقة بمنع الجمع بين الوظائف البرلمانية المادة 105 من دستور 28 نوفمبر 1996 والتي امتدت الى حالات التنافي المنصوص عليها دستوريا والمنظمة بواسطة قانون عضوي[4]، فإنّ: «(...) **أنّ نية المؤسس الدستوري بتكريسه استبعاد كل إمكانية للجمع بين أيّة وظيفة او مهمة مع العهدة البرلمانية يقصد تفرغ عضو البرلمان كليا لمهمته البرلمانية (....)**»[5]

وقد حرص المؤسس بان يجعلها دقيقة، وقد اتسعت لتضمن الاستقلالية عن عالم الاعمال والتجارة كممارسة نشاط تجاري ومهنة حرة شخصيا أو باسمه، أو أي وظيفة أو منصب في مؤسسة أو شركة أو تجمع تجاري أو مالي أو صناعي أو حرفي أو فلاحي (المادة الثالثة من القانون العضوي المشار اليه)،

---

[3] Ibidem, P.92.

[1]Voir, Francis Hamon, Michel Tropper, Droit constitutionnel ,28°edition, L.G .D.J, 2003, P.92.

[2]Ibid, P.92.

[3]Ibid. Op.cit. P.92.

[4] قانون عضوي رقم 02/12 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012، يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية، الجريدة الرسمية العدد الأول، ص41 بتاريخ 14 يناير 2012.

[5] حيثية من الرأي رقم 04/ر.م.د/11 مؤرخ في 27 محرم 1433 الموافق 22 ديسمبر 2011، يتعلق بمراقبة القانون العضوي الذي يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية، ج.ر.ج.ج نفس العدد.

وقد سمح البرلمان بتحديد أنظمة خاصة لموظفيها، ومحاسبتها والمصادقة على ميزانيتها لكي تقطع صلة التبعية، خاصة تجاه السلطة التنفيذية.

لقد استنتج المجلس الدستوري الجزائري هذه القاعدتين من الدستور على خلاف المبدأ. وقد أسسها خاصة على أحكام المادتين 122 و123 من الدستور وقد جاء في رأيه المتعلق بمراقبة دستورية القانون الأساسي لعضو البرلمان رقم 12 بتاريخ 13 جانفي 2001.

وهكذا، فإنّ القاضي الدستوري قد كرّس المبدأين مجتمعتين ومتلازمتين: مبدأي الفصل بين السلطات والتوزيع الدستوري لمجالات الاختصاص.

وقد أصبحتا متلازمتين شكلا في متن آراء وقرارات المجلس الدستوري، بعدما استنتجنا التلازم المنطقي بين المبدأ والقاعدتين. فقد جاء في رأي المجلس الدستوري المتعلق بالقانونالأساسي للقضاء في الحيثية رقم 3 ما يلي: «واعتبارا بالنتيجة، فإن المشرع، يكون قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات والتوزيع الدستوري لمجلات الاختصاصات»[1].

ومما نلاحظ أنّ هناك تلازماً بين المبدأين في آراء وقرارات المجلس. ويمكن القول أنّهتلازم منطقي من الناحية القانونية كما رأينا ذلك في القانون الفرنسي. فيقتضي ملاحظة أنّ هناك بعض الفروق من حيث الاصطلاح حيث أنّ الفقه الفرنسي يعتبر أنّ المبدأ أي مبدأ الفصل بين السلطات مكون من قاعدتين: الاستقلالية والاختصاص في حين يقرر القاضي الدستوري أنّ الأمر يتعلق بمبدأين: مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ التوزيع الدستوري لمجالات الاختصاص.

إنّ الفروق من حيث المصطلحات بين النظامين الجزائري والفرنسي مهمة، إذا كانت ترتب آثارا قانونية. وأعتقد أن ذلك غير موجود. وفي الحقيقة، فإنّ ذلك أمر منتظر بحكم الصلة الفكرية. ولكن الأمر الجوهري الذي يجب التأكيد عليه هو أنّ المؤسس الدستوري الجزائري، وخاصة اجتهادات المجلس الدستوري أقرت بشكل متميز وصريح، على المبدأ ورتب نتائجه التي رأيناها.

في حين أنّ المجلس الدستوري الفرنسي وجد صعوبة في تقريره انطلاقا من النظام القانوني الفرنسي (دستوراً وقوانيناً)، فقد أقامه على أساس مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية (العدلية) ليقرر أنه يندرج في إطار: «التصور الفرنسي للفصل بين السلطات". وقد جاء ذلك في تاريخ متأخر بمناسبة قراره حول مجلس المنافسة»[2].

---

[1] رأي رقم 02 / ر.ق. ع./م د /04 مؤرخ في غشت 2004، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء، للدستور.

[2] D C N°86-224, Conseil de la concurrence, 23 janvier 1987, G .D .C.C ,8°, édition, Dalloz.

فقد كان اجتهاد المجلس الدستوري في قرار مجلس المنافسة لسنة 1987 هو المكرس لمبدأ الفصل بين السلطات، والذي دستره بطريقة غير مباشرة، فقد كان السؤال المطروح، ضمنيا من قبل النواب الفرنسيين: هل أن نقل اختصاصات القضاء الإداري الى القضاء العدلي للنظر في قرارات مجلس المنافسة يعد مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والعدلية، الذي يعتبره الكثيرون مبدأ، وطبيعة دستورية؟، حيث كان رد المجلس الدستوري بأن اعتبر بأنّ هذا المبدأ لا يكتسي قيمة دستورية، وليقر بوجود "تصور فرنسي للفصل بين السلطات"، وأنّه لموجب "مبدأ أساسي معترف به من قبل قوانين الجمهورية" (P.F.L.R) فإنّ القضاء الإداري ينتلك اختصاصا محفوظا في مجال الغاء وتعديل إعمال السلطة العامة حيث ذكر في الحيثية التالية: «**نظرا (...)، وفقا للتصور الفرنسي للفصل بين السلطات يوجد، من بين تعداد** "**المبادئ الأساسية المعترف بها من قبل القوانين الجمهورية**"**، والذي حسبه، وباستثناء المواد المحفظة بطبيعتها لاختصاص القضاء الدلي، فإنّه يعود لاختصاص الجهة القضائية الإدارية الغاء وتعديل القرارات المتخذة، في إطار ممارسة امتيازات السلطة العامة، من قبل السلطات الممارسة للسلكة التنفيذية، وأعوانها، والجامعات الإقليمية للجمهورية او الهيئات العمومية الموضوعة تحت سلطتها أو تحت رقابتها**» (ح15).

يبدو مبدأ الفصل أكثر رسوخا في النظام الجزائري من حيث أساسه الدستوري، وكذا من حيث مكونيه، وخاصة من حيث الاثار التي أحدثها، فهي أكثر وضوحا، وبنتائج هيكلية على مستوى تنظيم الدولة أساسا.

واعتبر المعلقين أن الارتباط ين المبدأين غير منطقي الذي يجعل مبدأ الفصل بين السلطات والعدلية منبثق من مبدأ الفصل بين السلطات[1]. ومهما يمكن، فان هذا المبدأ (الفصل بين السلطات) لا يملك طابعا عاما، لا يمكنه أن يستعمل بشكل واسع، فهو ناقص الفعالية القانونية، فلا يمكن أن يحل إشكالية توزيع الاختصاصات بين الجهتين القضائيتين، فالسلطة العدلية تملك أساسا دستوريا لاختصاص استنادا للمادة 66 فهي حامية للحريات.

فالقاضي الدستوري بهذا الأساس (المبدأ) قد أسس الإدارة من جهة، وضمن لها الاستقلالية عبر إقرار المبدأ. ويكون بذلك قد أسسها دستوريا لمنحها الاستقلالية.

[1]Louis Favoreu, Loïc Philip, Op.cit. P.693.

وخلاصة الأمر، أنّ الأمر يتعلق هنا بعنصرين للاستقلالية. يتمثل العنصر الأول في الاستقلالية العضوية تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات، ويتمثل العنصر الثاني في الاستقلالية الوظيفية معبرا عنها بمبدأ التوزيع الدستوري لمجالات الاختصاص.

وهكذا، بالنتيجة، فإنّ استقلالية السلطة التنفيذية "اللازمة" (كما جاء في حيثية المجلس الدستوري) هي التأسيس الدستوري استقلالية الإدارة.

الفقرة الثانية: التأسيس الدستوريللإدارة

والحقيقة، أنّ المجلس الدستوري استعمل المبدأ كمفهوم وظيفي لغرض تأسيس الإدارة دستوريا، والذي هو "تكريس" لواقع تشريعي وتنظيمي و"ترقية"للإدارة في مركزها القانوني.

ويرى الأستاذAndré Demichel[1] في مقاربته النظرية والنقدية أنّ«الفصل بين السلطات، هي بلا شك أحسن مثال على المفاهيم الوظيفية التي يعود نجاحها إلى فائدتها أكثر مما يعود إلى قيمتها الذاتية» فهي،في دستور1958تهدف إلى دعم السلطة التنفيذية ضد "تدخلات" السلطة الديمقراطية.

فهو يرى أنّ مبدأ الفصل بين السلطات، هو مبدأ خاص بالقانون الإداري Principe particulier du droit administratif،«فهذا الفصل، وعلى عكس ما يجرى على المستوى الدستوري هو من الفصل بالعزلة»[2][*].

فهو كمبدأ مطبق على القانون الإداري، يهدف في تصور واضعيه إلى حماية السلطة التنفيذية. ويضيف الأستاذ، أن القانون الفرنسي قائم على فصل الإدارة عن الحكومة (بين الوظيفتين الإداريتين والحكوميتين).فالحماية تنصرف إلى الإدارة وليس الى الحكومة"وأنّه غير مفهوم أن تنصرف الحماية إلى السلطة التنفيذية ولكنها تبدو مبدأ متماسكا عندما يمنح للإدارة فقط."[3][*]

والحقيقة التي تكلّم عنها الأستاذ Demichel تبدو أنها كانت الرهان الدائم، فخلف استقلالية السلطة التنفيذية العضوية والوظيفية (السلطة التنظيمية المستقلة) <u>يتخفى الهدف الحقيقي وهو استقلالية</u>

---

[1]André Dèmichel , Droit administratif, Essai de réflexion théorique, L .G .D.J ,Paris 1978
[2]Ibid. P.50
[*] «(…) cette séparation contrairement à ce qui se passe au niveau constitutionnel, est de type séparation-isolement.»
[3]Ibid. p.53.
[*] «(…), cette protection qui ne serait guère compréhensible si elle avait été accordé globalement à l'exécutif, mais qui devient cohérente en tant qu'elle accordé à l'administration».

الإدارة.فتأسيسها، بهذا المعنى يصبح مقتضى دستوري، وينجر عنها كثير منالضمانات المقررة في نظامها القانوني.

وقد انصب اجتهاد المجلس الدستوري على تأسيس استقلالية الإدارة العمومية، وكانت مبدأ راسخا في سياسته الاجتهادية، وتميزت بالثبات والاستمرارية، وتجسدت في آرائه وقراراته، فلم يجد عنه، بما يبين انها رهان دائم يهدف الى منح الإدارة مكان دستورية تقق لها الاستقرار القانوني وتكون لها ضمان ولحماية الدولة، وضمان استمرارية أداء وظائفها السلطوية، على وجه الخصوص.

وقد جسد المجلس الدستوري تصوره حول استقلالية الإدارة "مبكرا"، في قراره الثاني المتعلق بالقانون الأساسي للنائب (لأوت 1982)، والذي يحاول فيه المشرع منح النائب دورا في دائرته الانتخابية، فقد نصت المادة 17 على تخويل النائب أن يتابع في الدائرة التي أنتخب فيها تطور الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والثقافية، وخاصة المسائل المتعلقة بتطبيق القوانين والأنظمة، وممارسة الرقابة الشعبة، وكذا المسائل المتعلقة بنشاط مختلف المصالح العمومية.

وقد قضى المجلس الدستوري أنّالمادة 17، مطابقة للدستور في فقرتها، مع حذف جزء من الجملة المتعلق بتطبيق القوانين والرقابة وكذا ما تعلق بالمصالح العمومية، بعدما ما ذكر في حيثيته السابقة على هذه بأنّ: «**مبدأ الفصل بين السلطات يحتم أن تمارس كل سلطة صلاحيته في الميدان الذي أوكلها إياه الدستور**».

وقد تجسد كذلك في قراره الثاني المتعلق بالقانون الأساسي للنائب، حيث في تفحصه للمادة 21 من المشروع التي: «**تخول النائب طالب سماع الهيئة التنفيذية للولاية الني أنتخب فيها حول كل مسألة تتعلق بسير المصالح العمومية التابعة لدائرته الانتخابية**»، والذي اعتبره المجلس الدستوري: «**(...) اجراء يشكل امر موجها للسلطة التنفيذية (...)**»، فيترتب عنه أنّ: «**نص المادة 21يستبعد مبدأ الفصل بين السلطات**».

نلاحظ أنّ المجلس الدستوري أبعد المسائل المتعلقة بسير المصالح العمومية عن تدخل النائب، على المستوى المحلي للدولة، ويعد ذلك حماية لوحدة الإدارة وحماية لمبدأ الرقابة الرئاسية(الباب الثاني الفصل الثاني، المبحث الاول) وقد حرص المجلس الدستوري أن يبيّن الأساس الدستوري المتمثل في مبدأ الفصل بين السلطات لصد محاولات النواب المساس باستقلالية الإدارة عموما، وإنْ كان الامر يتعلق في هذا القرار بالمصالح العمومية على المستوى المحلي، وكذا الهيئة التنفيذية للولاية، فهذه الأخيرة جزء من إدارة الدولة، في امتدادها الإقليمي اللاممركز.

وقد واصل المجلس في نفس سياسته الاجتهادية في حماية استقلالية السلطة "التنفيذية الإدارية"، في قراره الثالث[1]حيث اعتبر: «(..) **أنّ المادة 49 من النظام الداخلي لا يمكن في أي من احكامها أن تمنح للجان الدائمة للمجلس الشعبي الوطني او لأعضائها سلطة تفتيشية من شأنها أن تشكّل مساسا بمبدأ لفصل بين السلطات وبالاستقلالية اللازمة للهيئة التنفيذية**» خاصة ما ركز عليه المجلس، هو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 49 المحررة كالاتي: «**أو حول مواضيع هامة على الساحة متعلقة بالقطاعات التي تدخل في صلاحيتها**»

يتبيّن لنا، من هذه الاحكام الاجتهادية للمجلس الدستوري مدى حرص على إقرار وضعية الادارة، من حيث وحدتها واستقلاليتها، فهولا يغفل عن قراءة ورقابة النصوص التشريعية، عبر مصادرة المصطلحات والنظر الى نص معياري من زاوية ضيقة، فإنّه، بمجرد وجود مصطلح "المصالح العمومة" والتي يقابلها في النص بالفرنسية مصطلح services publics أي المرافق العمومية، يقوم المجلس بغربلتها.

وقد سنحت الفرصة للمجلس الدستوري بمناسبة رقابته لدستورية القانون الأساسي لعضو البرلمان[2] لتعميق استقلالية الإدارة، باللجوء الى التمييز بين الحكومة والإدارة.

وقدأكد المجلس الدستوري على فكرة حماية الإدارة من التدخلات البرلمانية،من خلال ما سبق من الفقرات،فقد ارتأى في الرأي المتعلق بالقانون الأساسي لعضو البرلمان لـ13 يناير 2001، ما يفيد ذلك. فقد ذكر،فيما يخص المادة 07 من القانون والمحررة كما يلي: «يمارس عضو البرلمان الرقابة الشعبية على عمل الحكومة ومدى تنفيذ برنامجها وعلى مختلف الهيئات العمومية،فاعتبار أنّ المادة 07 (...) وسعت الرقابة الشعبية على عمل الحكومة ومدى تنفيذ برنامجهاإلى مختلف الهيئات العمومية،واعتبار أنّ المادة 99 من الدستور أقرت الرقابة التي يمارسها البرلمان وفقا للمواد:(...)،ويمارس المجلس الرقابة وفقا لأحكام المواد :135 و136 و137 من الدستور.

يستنتج المجلس: «أنّ المواد المذكورة أعلاه حصرت الرقابة على عمل الحكومة دون سواه».

«واعتبار، وبالنتيجة، أنّ المشرع حينما وسع نطاق الرقابة إلى الهيئات العمومية يكون خالف المادة 99 من الدستور».

---

[1] قرار 3-.ن.د.م.د-89 المؤرخ في 20 جمادى الأولى عام 1410 الموافق 18 ديسمبر 1989 يتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخ في 29 أكتوبر سنة 1989.

[2] رأي رقم 12/ر.ق/م.د/01 المؤرخ في 18 شوال الموافق 13 يناير سنة2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون الأساسي لعضو البرلمان

فالمجلس الدستوري في تأسيسه لاستقلالية الإدارة استند الى الدستور في مجموعة المواد المتعلقة بالرقابة البرلمانية على عمل الحكومة، فقد انطلق من الدستور ليُقيم التمييز بين الحكومة والهيئات العمومية les institutions publiquesكما جاء ي الرأي المذكور أعلاه، ويكون بذلك قد "دستر" نظرية التمييز بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية، في محاولته التأسيس المستقل والدستوري للإدارة العمومية. وقد كانت محل جدل ونقاش، بين مؤيد ومعارض، من الناحية المبدئية، وإن كان الموقف العلمي يقتضي الملاحظة المجردة من النظرة القائمة عل الأفكار المسبقة، والتي قد تؤدي الى تأييد النظرية أو إنكارها أو إدانتها، فإنّنا نسجل هذه الدسترة، كمعطى من معطيات القانون الوضعي، إذْ أصبحت جزءا من الواقع القانوني، أنّرهان استقلالية كل سلطة،وخاصة السلطة التنفيذية،وخاصة اعتبار استقلالية الإدارة، كان رهانا سياسيا دائما[1]، وهو ما لاحظه Ouled Boubout، فقد اعتبر :«**أنّه، في الحقيقة، فان التمييز بين الإداري والحكومي،(...)، ما هو الا محاولة سياسية للحد من السلطة(...)، هي تشكل، (...)، حصان المعركة بالنسبة لليبيراليين، في جهودهم لحصر السلطة السياسية بأقصى حد»**[*2].

إنّ تفسير المجلس لهذه الحماية التي انصرفت إلى الهيئات العمومية les institutions publiquesدون الحكومة تؤيد ما ذهب إليه الأستاذ ديمشيل وبالتالي تمنح الأساس الدستوري القوي للإدارة ولمكانتها.

ومهما يكن من الانتقادات ذات الطابع المبدئي أو الإيديولوجي وكذا السياسي، وخاصة من قبل النواب الذي لا يملون في تكرار المحاولة، نتيجة التصور سياسي عفوي يعبر عنه بمحاولة بسط رقابتهم على الإدارة بشكل تام، يدعمهم في ذلك قوة مركزهم السياسي المستمد من الشرعية الانتخابية.

والحقيقة، أنّ التأسيس الدستوري غير المباشر لاستقلالية الادارة هو المقدمة الضرورية لحمايتها، والتي ترتب عنها، حماية مجال اختصاصها وكذا وسائل ممارسة سلطتها مثلما سيظهر في (الباب الثاني، الفصل الثاني، المبحث الاول) فيبدو عملها الاجتهادي متماسكا الى حد الان، والذي يستند فيه الى مبدأ الفصل بين السلطات مفسرا له، تأسيساً واستنتاجا منطقيا لقواعده والاثار المترتبة عليه.

---

[1]Joëlle Redor, de L'Eta Légal à L'Etat de droit.
[2]Oiled Boubout, Op.cit. P.98.
[*] «En réalité, la distinction entre administrative se gouvernementales, (...), n'est qu'une tentative politique de limitation du pouvoir, (...) ,elle constituait,...un cheval de bataille des libéraux, dans leurs efforts de cantonner au maximum le pouvoir politique»

ويمكن القول أنّ الإدارة تجد لها سندا دستوريا قويا يتمثل في مبدأ استمرارية الدولة الذي ينصرف، في الحقيقة، معناه إلى استمرارية الإدارة، فهي تهدف إلى تحقيق الضبط الإداري والسير العادي للمرافق العمومية، فالرابط واضح.

وقد أصبح هذا المبدأ يبرر عدة أحكام دستورية، فانطلاقا من بيان المجلس الدستوري لجانفي 1992[1] الذي دعا المؤسسات الدستورية إلى: «أن تسهر على استمرارية الدولة وتوفير الشروط الضرورية للسير العادي للمؤسسات والنظام الدستوري»

وقد وجد هذا البيان صداه في التعديل الدستوري لـ28 نوفمبر 1996 عندما أصبح الالتزام باستمرارية الدولة مسؤولية رئيس الجمهورية وهو ما جاء في "القسم"المتضمن في المادة 76 من الدستور.واقتضى ذلك تكليف رئيس مجلس الأمة بضمان استمرارية الدولة في حالة الظروف المماثلة،والتي تتطلب منه ألايمارس رئاسة المجلس ليتفرغ لهذه المهمة، بما يظهر الاستثمار الكثيف في موضوع الدولة أي الادارة.

وقد استعمل المبدأ لإقرار استقلالية كل سلطة عمومية وخاصة السلطة التشريعية.فقد استعمله القاضي الإداري لترتيب استقلالية الإدارة عن القاضي واستقلالية المجلس الدستوري عن مجلس الدولة.

ويبرز ذلك في تأثر اجتهاد القضاء الإداري باجتهاد المجلس الدستوري، فهو قد تبنى مبدأ الفصل بين السلطات ورتب عليه استقلالية الإدارة تجاه القضاء عموما، وذلك في ظل دستور 23 فيفري 1989، قبل التأسيس الدستوري للنظام القضائي الإداريبمناسبة تعديل 28 نوفمبر 1996.

إنّ ذلك يُظهر أخذ القضاء الإداري، خصوصا بالمبادئ الدستورية عموماً، ويُبرز مدى "الدسترة" من خلال تمثيل تلك المبادئ والأحكام الدستورية كأسس قانونية وكوسائل للحكم على شرعية الأعمال الإدارية.

لقد أخذ القضاء الإداري بعين الاعتبار مبدأ الفصل بين السلطات، ففي قضية (ح.م) ضد رئيس بلدية الشراقة[2] حيث رفض استئناف السيد (ح.م) على أساس الحيثية التالية: «**حيث أنّ القاضي الإداري وطبقا لمبدأ الفصل بين السلطات لا يمكنه إجبار الإدارة على تعويض المستأنف بقطعة أرضية أخرى عندما ترفض هذه الأخيرة هذا الحل الجديد (...)**»

[1] بيان 11 جانفي 1992 منشور في: "أحكام الفقه الدستوري الجزائري" الصادر عن مديرية التوثيق للمجلس الدستوري.

[2] قضية (ح م) ضد رئيس بلدية الشراقة المنشور في المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا. العدد ....

يكرس القاضي في هذه الحيثية استقلالية الإدارة عن القاضي الإداري بناء على مبدأ الفصل بين السلطات، مما يظهر مدى التشبع بالمبادئ الدستورية وكيف أنها أصبحت تغذي تفكير "القاضي الإداري" خصوصا (الغرفة الإدارية للمحكمة العليا).

وقد أكد مجلس الدولة على تجسيد الفصل بين السلطات في قرارين بمناسبة الترشح للانتخابات الرئاسية[1]حيث أكد على استقلالية المجلس الدستوري عن مجلس الدولة.

وقد لاحظ الأستاذ سالم ولد بوبوط ذلك في النظام الفرنسي، في ظل المعطيات الدستورية التي تناولناها[2].

ففي فرنسا فإنّ الفصل بين السلطات يُجَسَّدُ أيضا من خلال ما أطلق عليه الأستاذ ولد بولوط "الفصل بين السلطات الدستورية والإدارية"[3] على منوال مبدأ الفصل بين السلطات العدلية والإدارية، فهو يستنتجه من: آثار اختصاص المجلس الدستوري «التي تبرر عدم اختصاص القاضي الإداري كاختصاصاته في مجال الانتخابات الرئاسية والتشريعية».

فقد قضى مجلس الدولة بعدم اختصاصه بالنظر في قبول الترشيحات لرئاسة الجمهورية حين طلب الأمر بسحب ترشح جورج بومبيدو لانتخابات الأول و15 جوان1969، وكذا ما تعلق بالمنشور المتضمن تنظيم الدور الثاني[4].

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي نفس الاجتهاد في قرارهBrouant[5]حين رفض التدخّل في اختصاص المجلس الدستوري في قضية تتعلق بتنظيم أرشيف المجلس الدستوري حيث يريد الطاعن إلغاءها على أساس عدم شرعيته. وقد أيّد العميدFavoreuالقرار على أساس: «ضرورة احترام الفصل بين السلطات(...) التي تقضي أن "لايتدخل مجلس الدولة في تحديد المجلس الدستوري لشروط عمله"»[6].

وقد ظهر التزام مجلس الدولة بمبدأ الفصل بين السلطات من خلال احترامه لاستقلالية المجلس الدستوري فقد قضى بعدم اختصاصه في قضية نحناح محفوظ ضد رئيس المجلس الدستوري[7]، فبعد

---

[1] قرار مجلس الدولة (غرفة المشورة رقم 1697) بتاريخ 1999/08/30 السيد رئيس حركة حماس ضد السيد رئيس المجلس الدستوري.

[2]Ahmed Salem Ouled Bouboutt, L'apport du conseil constitutionnel au droit administratif P.U.A.M, 1984.

[3]Ibid. p. 293.

[4]Ibid. p. 294.

[5]Favoreu (louis), le conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? R .F.D.A, jan. Fév. .2003, P.09-13.

[6]Ibid. Arrêt Brouant, P.11.

[7] قرار رئيس حركة حماس المذكور أعلاه.

تذكيره«أنّ الأمر يتعلق بترشح الطاعن للانتخابات الرئاسية» وأنّه: «مكلف بموجب أحكام المادة 163 من الدستور بالسهر على صحة عمليات انتخاب رئيس الجمهورية، ومنها مراقبة الشروط المحددة في المادة73 من الدستور وتفسيرها»، فإنّ: «القرارات الصادرة في هذا الإطار تندرج ضمن الأعمال الدستورية للمجلس الدستوري والتي لا تخضع نظرا لطبيعتها لمراقبة مجلس الدولة(...)».

لقد استند مجلس الدولة على مواد دستورية مباشرة لتأسيس استقلالية المجلس الدستوري. وهي تبرز كيف يلجأ القاضي الإداري للدستور دون المرور على القانون فلم يشر إلى النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري[1].

والحقيقة أنّ احترام القاضي الإداري لمبدأ الفصل بين السلطات والأخذ به تجسد في النظام الفرنسي، في تطبيقه للمعيار العضوي[2]. ومقارنة بذلك، فإن التكريس الدستوري للمعيار العضوي في النظام الجزائري نتيجة منطقية من نتائج الاستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ لتنظيم السلطات العمومية[3].

ومهما يكن، فإنّ الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات قد رتب نتيجة أساسية وهي: استقلالية كل السلطات العمومية ولكن الرهان الأساسي لذلك المبدأ هو "استقلالية" الإدارة.

ومهما يكن،فإنّ كثيرمن رجال القانون لا يوافقون على هذا التطابق ويتم الاعتراض عليها بنظرية الفصل بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية.

إنّ تناول هذه المسألة يعد أمرا مهما من الناحية النظرية والدستورية.وتقع في صميم المقاربة الدستورية الحديثة التي حلت محل الدسترة التقليدية.

فقد أقر الفقه عموما بفكرة التمييز بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية ويراها أمرا مسلما به في حين يؤكد الأستاذ De Bechillon على: «وحدة الوظيفة الإدارية وانعدام الوظيفة الحكومية»[4].

وتظهر "وحدة الوظيفة الإدارية" في وحدة النظام القانوني لقواعدها من حيث خضوعها للقضاء الإداري فمجموع التصرفات الإدارية، ومهما كان مصدرها فهي تخضع لنفس الشرعية.

---

[1] النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1421 الموافق لـ28 يونيو سنة 2000.

[2] Favoreu(L), Le juge administratif et le principe de séparation des pouvoirs, mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, P.297.

[3] رسالتنا للماجيستر، المطلب المتعلق بمعيار مجال القانون الاداري.

[4] Bechillon(D) Hierarchie des normes et hierarchie des fonctions normatives de l'Etat éd Economica.1996 p 101, Op.cit. P.70.

وتتجسد هذه الوحدة في نقطتين. فالنقطة الأولى تتعلق بنظام المنازعة التي تخضع لها الأعمال جميعها سواء كانت صادرة عن عضو الحكومة أو مجرد موظف إداري. وأما النقطة الثانية فتتعلق بأن القاضي لا يتأثر في الحكم (لعدم الشرعية) بأن كان الأمر يتعلق بتنفيذ قانون أو بتنفيذ تنظيم مستقل.

وقد كان «التقسيم القائم (التمييز) بين الإداري والسياسي، يمثل أحد أركان التفكير القانوني»[1]. كما عبر عنه الأستاذCaillosseبقوله:

«La division opéré entre le politique et l'administratif constitue l'un des paradigmes de la pensée juridique».

وقد اعتبر الأستاذ Debbaschأنّ«الإدارة والسلطة السياسية زوجٌ موحد." قائم على أساس من: التمييز بين الوظيفة الإدارية والوظيفة السياسية»[2].

وقد أكد الأستاذ Vedel«أنّ لا قيمة قانونية لهذا التمييز»[3].

ويذهب الفقه الجزائري إلى إنكارهذا التمييز فيكتب الأستاذ مولود منصور في رسالته: «أنه لا يمكن للوظيفة الحكومية أن تقصي الوظيفة الإدارية. فهذا التمييز خفي لأنه شبه منعدم»[4][*].

ويضيف بأنّه بالتالي فإنّ: «وحدة الوظيفتين لا يمكن إنكارها». فهي وحدة تتمثل في وحدة الأعمال من حيث مصادرها وهيآتها.

والحقيقة، أنّ واقع النظام القانوني الجزائر يتجه نحو اتجاه إسقاط نظرية التمييز بين وظيفتين وكذا "أعمال السيادة"، وإنّ اعتمادها، في الجزائر ضيق[5].

ففي كثير من قراراته، فإنّ القضاء الإداري اعتبر بعض الأعمال الإدارية"أعمالا سياسية"، وبالتالي ليست من طبيعة إدارية، فيمتنع من النظر فيها، معتبراً نفسه غير مختص.وقد عرفنا بعض قرارات الغرفة الإدارية للمحكمة العليا مثل ذلكم الصادر في سنة1985 المتعلق بسحب الورقة النقدية من فئة 500 دينار جزائري[6] التي قرر وزير المالية سحب من التداول الشرعي،فقد أجاب قاضي الغرفة الإدارية

---

[1]Caillosse, Op.cit. P.70.
[2]Debbasch (charles), Administration et pouvoir politique, Mélanges Burdeau ,1977.
[3]Vedel, Op.cit. P.62.
[4]Mansour mouloud, La fonction gouvernementale en Algérie, Thèse de doctorat.
[*] «La fonction gouvernementale en Algérie ne peut exclure la fonction administrative de son champ .si la distinction est discrète car quasi inexistante en raison de la fusion des actes dans leurs sources et leurs organes .l'unicité des deux fonctions ne peut être niés».
[5] لا توجد دراسة مستقلة في الموضوع رغم اطلاعنا على بعض القرارات، والتي هي في معظمها غير منشورة.
[6] المجلس الأعلى (الغرفة الادارية) قرار سحب الورقة النقدية من فئة 500 دينار جزائري، منشور في المجلة القضائية السنة: 1994. العدد: 02.

للمحكمة العليا أنّه غير مختص لأنّ "القرار حكومي".وكذا قرار محافظة حزب جبهة التحرير الوطني لبسكرة[1]،التي طعنت في قرار استرجاع مقرها من قبل الحكومة،حيث قضي القاضي الإداري بعدم اختصاصه على أساس أنّ: «قرارات اللجنة الوطنية لاسترجاع أملاك الدولة تعد قرارات سياسية»،ويبدو أنّ القاضي الجزائري يتبنى مفهوم أعمال السيادة فيما يتعلق بالأعمال المتعلقة بالعلاقات بين السلطات.ففي قرار الجبهة الإسلامية للإنقاذ ضد وزير الداخلية[2] والتي استأنفت قرار الغرفة الادارية لمجلس قضاء الجزائر المتضمن حلها فقد ذكر حيثية في القرار تنص على أنّ: «صلاحيات الحكومة وطبيعتها يدخل في تفسير المقتضيات الدستورية المتعلقة بتنظيم السلطات وصلاحياتها وبالعلاقات بينها»، «وبالتالي فهو يخرج عن نطاق رقابة القاضي الإداري» ردّاً على حجة المستأنفة التي أثارت: «عدم حيازة المدعي على أهلية التقاضي وتجرد دعواه من المصلحة العامة المشروعة بسبب انتمائه لحكومة مؤقتة لها صلاحيات تسيير المسائل الجارية بدون كافة صلاحيات حكومة عادية».

وقد جاء اجتهاد مجلس الدولة ليؤكد على وحدة الوظيفة الإدارية.

ففي قرار سعيدي رابح ضد رئيس الحكومة الذي يطالب فيه قاضي مجلس المحاسبة المدعي بإصدار المرسوم التنفيذي المطبق للأمر 95–20 فيما يتعلق باستفادة قضاة المجلس من تقاعد الإطارات السامية الذي قرره الأمر المذكور، نتجه للتأخر في الإصدار الذي عطل ومنع القضاة المتقاعدين من الاستفادة من ذلك الحق.

حيث كان اجتهاد مجلس الدولة في هذا المجال حاسما.حيث أنّه في قرار سعيدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية[3] نظر قاضي مجلس الدولة في القرار الضمني بالرفض الصادر عن رئيس الحكومة على أساس أنّ: «**الرفض الضمني الناجم عن صمت الحكومة مدة تفوق ثلاثة (03) أشهر تجاه إصدار النصوص التطبيقية المناسبة يعد رفضا غير مبرر ويحلل على أنه تجاوز للسلطة (...)**» (الحيثية 12).

فبذلك فإنّ" نشاط الحكومة في تنفيذ القوانين" يعد عملا إداريا خاضعا لرقابة الشرعية.وبالتالي، فإن دواعي وأسس التمييز بين الوظيفتين سقطت.

وهكذا فـ"إن استقلالية"الإدارة "ضرورة" "لازمة" وهي كما تفسر لصالحها،فهي كذلك تفسر لصالح الشرعية.

[1] قرار محافظة حزب جبهة التحرير الوطني.

[2] قرار الجبهة الاسلامية للإنقاذ ضد وزير الداخلية.

[3] مجلس الدولة، قرار سعيدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية صادر بتاريخ 2001.

وقد رافقت الاستقلالية العضوية، استقلالية "تنظيمية" (المكرسة بالمواد:1/125) والتي أنتجت "معيارا" دستوريا يتمثل في "مبدأ التوزيع الدستوري للاختصاصات"

وفي الحقيقة، يعد هذا التوزيع الدستوري للاختصاصات في صالح الحريات كما هو في صالح الإدارة من جهة أخرى.

ويتجسد ذلك، طبعا، في السلطة التنظيمية المستقلة التي كانت سمة ملازمة للنظام الإداري الجزائري عبر كامل الدساتير.

في الحقيقة، فإنّ ذلك كان رهانا سياسيا دائمايتمثل في ضرورة استقلالية السلطة السياسية عن الجسم الانتخابي وعن باقي السلطات وقد تجسد ذلك من خلال الاستقلالية العضوية للسلطة التنفيذية عن طريق الانتخاب العام، وبالتالي لم يعد رهانا قائما.

يحدد الدستور ممثليها في رئيس الجمهورية والوزير الأول وكل التعيينات وذلك مامكّن:«من خلق قانون من قبل سلطة سياسية تتمتع ببعض الاستقلالية»[1].

ويكاد يجمع الفقه أنّ قضية استقلالية الدولة أي الإدارة والسلطة سواء تجاه المجتمع أو اتجاه باقي السلطات ضرورة «فالمجتمع الاقتصادي القائم على حرية الكسب يحتاج ليتأسس ويتكون (...)، إلى سلطة دولة مستقلة عن القوى الاقتصادية وعن المصالح الخاصة»[2].

وقد نالت مسألة استقلالية الإدارة عبر موضوع استقلالية القانون الإداري قسطا كبيرا من النقاش بين الفقهاء.فمنهم منكر ومنهم مؤيد فقد مرت بمرحلة التكريس ثم بمرحلة إنكار في مرحلة ثانية فالكاتب Saunier[3]لا يرى له دورا قانونيا كبيرا. فهو يتناول من زاوية المقارنة باستقلالية الإدارة في القانون المدني، أي أنّها وسيلة تفسير للمعايير القانونية الموجودة.

والحقيقة أنّ الدستور يؤسس لإدارة مستقلة تتلازم مع مبدأ الخضوع والتبعية.

فالتبعية الناتجة عن مبدأ المشروعية مبدأ شبه مطلق وبضمانات كثيرة.وهو نتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات. وكذلك، وكما رأينا، فإنّ الاستقلالية هي نتيجة، أيضا كمبدأ الفصل بين السلطات.

إنّ مبدأ الخضوع أو التبعية مرتبط بمفهوم "التنفيذ"(تنفيذ القوانين) فالإدارة "تابعة" و"خاضعة"Subordonnéeبمعنى أنّها ملزمة "بالتنفيذ" "عبر الوظيفة التنفيذية" (المطلب الثاني).

---

[1]Joelle Redor, de l'état légal à l'état de droit, P.U.A.M.

[2] Hauriou cité par Demichel «la création de droit par un pouvoir politique doué d'une certaine autonomie»,P.615.

[3]Sébastien Saunier, L'autonomie de la volonté en droit administratif, une mise en point, R.F.D.A, mai–juin 2007, P.609-627.

ومهما يكن من التقييدات الواردة على سلطة الإدارة، فإنها تتمتع بنوع من الاستقلالية"ولكن، وإن كانت درجة الاستقلالية نسبية، فإنّها ضرورية"[1]، إن هذه الضرورة ترتبط بالوظيفة التنفيذيةوقد اعترف المجلس الدستوري بالاستقلالية "اللازمة" للسلطة التنفيذية.

فإذا كان "تنفيذ القوانين والتنظيمات" مهمة "السلطة التنفيذية، فإنّالاستقلالية" الممنوحة لها هي "ضرورة" لهذه الوظيفة التنفيذية. (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: التعريف عبر "الوظيفة التنفيذية-الإدارية"

إنّنا نستطيع تعريف الإدارةعبر"الوظيفة-التنفيذية"حسب مقتضيات النص الدستوري ومضمون قرارات المجلس الدستوري. فهذه الدسترة كما كتب عنها Vedel: «محمولة بواسطة المعيارية، (...)،وبواسطة الرقابة الدستورية»[2].

فمضمون هذه الوظيفة ينبثق من مضمون المواد :85 و125 من دستور 1996 وأراء وقرارات المجلس الدستوري ويمكننا القول بوجود "الوظيفة التنفيذية-الإدارية" (الفرع الاول)،التي تجعل الادارة،رغم "استقلاليتها"،تترتب عنها أثار تندرج في إطار "دسترة" قائمة على مبدأ دولة القانون فقد ترتب عنها أثر مهم وهو أنّ الوظيفة التنفيذية تعد تجسيدا للدستور (الفرع الثاني).

الفرع الأول: "الوظيفة الإدارية التنفيذية" في النص الدستوري

إنّنا نستطيع تعريف الإدارة عبر وظيفتها القانونية التي حددها الدستور (الفقرة الأولى: الوظيفة التنفيذية). إنّ تلك الوظيفة تتمثل في الوظيفة التنفيذية، والتي هي في الحقيقة مندمجة في الوظيفة الإدارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوظيفة التنفيذية

(1) تنص المادة 125 الفقرة الثانية من الدستور على أنّه: «يندرج تطبيق القانون في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول»، وتنص المادة 85 منه في الفقرة الثانية على أنّه: «يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات».

---

[1]Chevallier, «Si ce degré d’autonomie est relatif, en revanche, il est nécessaire».

[2]J. Vedel, préface à l’ouvrage de B. Stirn, «les sources constitutionnelles du droit administratif» ,édition ,2008 ,P.7.

فإضافة إلى التعريف المستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات في بعده العضوي، فإنّ التعريف القانوني عبر وظيفة الإدارة يعدّ تعريفا دقيقا يشمل عدة عناصر قانونية،فهو أكثر توافقا مع مبدأ الهرمية القانونية التي يقيمها الدستور.

وقد كان الفقه الفرنسي عبر اجتهادات الفقهاء الأوائل في محاولتهمبناء مادة القانون الإداري، قد لجأوا إلى تأسيسه يربط الصلة مع دساتير الثورة الفرنسية. وفي هذا الإطار فقد كتب رجل القانونDucroq: أنّه: «يعود للقانون الدستوري تحديد المبادئ التي تشكل قاعدة القانون العام لبلد ما والتي تضمن للمواطنين التمتع وممارسة الحقوق ذات الطابع السياسي، وذات الطابع الديني، وذات الطابع الطبيعي أو المدني. ولكنه يعود إلى القوانين الإدارية تجسيد تلك المبادئ وتحديد شروط تطبيقها»[1].

فإذا كان التعريف القائم على أساس عضوي كما يستنتج من مبدأ الفصل بين السلطات يؤسس لتعريف سلبي باستبعاد الهيئات الأخرى (السلطة التشريعية والسلطة القضائية)، فإنّ هذا التعريف يتمّ بطريقة إيجابية فالإدارة والقانون الإداري يستمدان وجودهما من التكليف الدستوري المتمثل في: "تنفيذ القوانين"

وقد أخذ اجتهادا مجلس الدولة الفرنسي بذلك الأساس الدستوري. وقد كان ذلك، بمناسبة قرارHeiryes، والحقيقة أن المعلقين أدرجوا هذا القرار تحت عنوان: «pouvoirs de guerre et circonstances exceptionnelles»[2] "سلطات الحرب والظروف الاستثنائية".

وهكذا، فإنّ قاضي مجلس الدولة ذكر في الحيثية الأولى: «حيث أنّه، وحسب المادة الثالثة من القانون الدستوري لـ 25 فيفري 1875. فإنّ رئيس الجمهورية الموضوع على رأس الإدارة الفرنسية هو مكلف بضمان تنفيذ القوانين، ويعود له، بالتالي، السهر على إقامة المرافق العامة المؤسسة بواسطة القوانين والأنظمة، والسهر على سيرها في كل الأحوال (...)»[*].

طبعا، فإنّ تطبيق هذا الاجتهاد انصرف كله إلى ترتيب آثار ما يخص الشرعية الاستثنائية أو الخاصة القائمة على نظرية الظروف الاستثنائية وقد كان الأمر يتعلق في هذا القرار لمبدأ استمرارية المرفق العام وضمانات الموظفين (الموظف Hey ries).

---

[1]Ducroq citè par Gulglielmi : « c'est au droit constitutionnel qu'il appartient de déterminer les principes qui forment la base du droit public d'un pays et qui garantissent aux citoyens et aux individus la jouissance et l'exercice des droits d'ordre politique, d'ordre religieux, d'ordre matériel civil .Mais ce sont les lois administratives qui mettent ces principes en oleuvre et fixent leurs conditions d'application »

[2]C .E 28 juin 1918 ,H eyries .G .A.J.A.15°=édition .Dalloz, .2005

[*] «Considerant que, par l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 FEV 1875 le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois, qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce que toute époque, les services publics institués par les lois et les règlements soi ente état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ».

ولكنّه وبهذه المناسبة أسّس القاضي الإداري الفرنسي لتعريف الإدارة ومجالها بفكرة "السلطة التنفيذية" التي يملكها رئيس الجمهورية. وقد أكدت على أنّه رأس الإدارة الفرنسية.

إنّ ذلك تم باجتهاد القاضي الإداري ولكن اجتهاده أستند إلى أساس دستوري (المادة 03 من دستور 1875).

إنّ ذلك كان بصلة بميدان السلطة التنظيمية، التي اعترف القاضي الإداري للإدارة أي لرئيس الجمهورية بها وفي ذلك قرار La bonneحيث تنص الحيثية أنّه: «**اعتبارا، أنّه، اذا كانت السلطات (المحافظات)والبلديات مكلفة بحكم القوانين، بالسهر على المحافظة على الطرق العمومية وأمن الطرقات، فانه، يعود لرئيس الدولة، خارج كل تفويض تشريعي وبمقتضى سلطاته الخاصة، أن يحدد من اجراءات الضبط التي يتوجب تطبيقها على كامل الإقليم (...)**»[1][*]، فهذا القرار الذي يعترف بسلطة رئيس الدولة باختصاصه بالضبط الإداري على مستوى كامل الإقليم، يقر بسلطته التنظيمية في تنفيذ القوانين (هنا قوانين المحافظات والبلديات لسنة 1884 الفرنسية)، على خلاف ما ذهب اليه رجال القانون الفرنسيين والمعلقين الذي اعتبروا أنّه تأسيس لمجال تنظيمي مستقل يختص بمجال الضبط الإداري، وقد عممت تلك القاعدة لتضم مجال المرفق العام بتفسير لقرار Hieryes.

فهذا القرار أكد أنّ مهمة تنفيذ القوانين تعود إلى رئيس الجمهورية، وفي حالة الحفاظ على النظام العام، فإنّ الأمر يعود له كذلك بنفس الصفة والعنوان.

وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي، بعدما تم دسترة هذه السلطة لصالح الإدارة (السلطة التنظيمية) في دستور 1958. وتم ذلك عبر الاعتراف بالسلطة التنظيمية. هذه السلطة تغطي ميدانين: المرفق العام تنظيمها وسيرا، وكذا الحفاظ على النظام العام، كما أستنتج[2] من الباحثين.

ومهما يكن، فإنّ التعريف يعتمد على التعريف من حيث الوظيفة القانونية أي الوظيفة التنفيذية، وليس على أساس مادي (أي حفظ النظام العام والمرفق العام). وهو ما يؤكده مرارا الأستاذ **فيديل**.

والحقيقة، أنّ الباحثين الفرنسيين حاولوا تقديم طروحات لمقاربة هذه الوظيفة التنفيذية الإدارية المعترف بها والمكرسة دستوريا، للقيام بنظمsystématisationالحلول القضائية (الاجتهاد القضائي) المتغيرة، ومحاولة توافقها وانسجامها، وكانت أطروحةG.Timsitالأكثر اكتمالا[3].

---

[1]C.E ,8 Aout 1918, la bonne, G .A.J.A ,15° édition ,2005 p 221.

[*] «Considérant que, si les autorités départementales et municipales sont chargées par les lois? (…) de veiller à la conservation des voies publiques et à la sécurité de la circulation, il appartient au Chef de l'Etat, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout cas de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire (…)».

[2]Duhamel, la loi et le règlement dans la constitution de 1958.

[3]Gerard Timsit, le rôle de la notion de la fonction administrative en droit administratif, L.G.D.J.

وقد تم اللجوء الى مفهوم "الوظيفة الادارية" لرصد حركة القانون الوضعي الفرنسي[1] لمحاولة تجاوز التصور العضوي الناتج عن الاخذ بمبدأ الفصل بين السلطات القائم على أساس عضوي أي هيئات الثلاث: التشريعية والقضائية والتنفيذية الموروث من القراءة الخاطئة لفكرة مونتكسيو، وخاصة في تفسيرها من قبل رجال القانون الفرنسيين وتطبيقها من قبل الثوريين الفرنسيين، والتي أدّت الى نتائج منتقدة[2]، والى تكييف من قبل المفسرين الأصليين les interprètes authentique كالذي قام به المجلس الدستوري الفرنسي في قرار مجلس المنافسة لسنة 1987. قد انصرف الى الإدارة حيث لا يشار لها في النصوص الدستورية الفرنسية الا كهيئات، حيث لاحظ G.Timsit أنّ بعض الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة قد بدأ يهم ويأخذ بعين الاعتبار التصرفات أو الاعمال، أو النشاط، فلم يعد العنصر العضوي كافيا، لحل الإشكاليات القانونية، فلا بد من الالتجاء الى العنصر الوظيفي[3]. فالوظيفة، كتمييز لها عن السلطة، تعني مظاهر النشاط، سواء كان قانونيا أم ماديا، على خلاف السلطة التي هي اظهار لإرادة، فالسلطة إرادة من أجل تحقيق النشاط.

إنّ هذا المفهوم يستوعب النشاط القانوني للإدارة المتمثل في اصدار القرارات الإدارية، ويضعه في إطار وتصور موحد، فقد أدرجه G.Timsit فيما وصفه (الوظيفة–الغاية) La fonction-fin[4] المتمثل فيما سماه: «النشاط الإداري، مهمة تنفيذ القانون» l'action administrative, mission d'exécution de la loi[5].

فقد ميز الباحث بين "الوظيفة–الموضوع" المتمثلة في اصدار قرارات الإدارة، "الوظيفة–الغاية" المتمثلة في "مهمة تنفيذ القانون"، والتي وصفها الباحث بأنها "فوق–قانونية" Métajuridique[6]وهو مايبرز صعوبة إيجاد تفسيرات كبرى، وقد يرجع ذلك الوصف الى انطلاق الباحث من القانون الإداري الوضعي الفرنسي "المبعثر" والذي يعاني أزمة المفاهيم[7]، مع تذبذب الحلول والاجتهادات القضائية. وقد أصبح بالإمكان الآن، بالنظر الى تراكم البحوث الوصول الى مفهوم أوضح للإدارة، عبر المقاربة المنطلقة من الدستور كما اقترح Lanza في اطروحته التي حاول فيها تعريف الادارة العمومية انطلاقا

---

[1]Gerard Timsit, le règle de la notion de la fonction administrative en droit administratif Français, Bibliothèque de droit public.

[2]Michel Tropper, la séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnel le française.

[3]Ibid. P.2.

[4] ميزها عن الوظيفة–الموضوع (Fonction-objet)، والتي تعرف بأنّها:

«La fonction-objet designer en effet, dans le droit, le produit, le résultat de l'activité de L'organe, c'est à dire l'acte d'un organe ou d'un agent, au terme d'une activité qui a précisément pour objet l'édiction de cet acte».

[5]Ibid. P.162.

[6]Op.cit. P.12. "La notion finaliste" de l'activité étatique est (…)- une notion "méta-juridique".

[7]Rainaud, crise du service public, Que Qais-Je ?

من التعبيرات الدستورية[1]، فهو بذلك سجل خطوة توافق بين الطموح النظري والاعتماد على معطيات القانون الوضعي كمتطلب ابستيمولوجي.

ونرى أنّ اعتبار "النشاط الإداري"، كمهمة تنفيذ القانون "كوظيفة إدارية" كما كيفها Timsit محاولة تنظيرية سليمة، ولكن تكييفها بأنّها "فوق–قانونية" Métajuridique هو تكييف غير دقيق، فاذا كانت وظيفة، وهي في مستوى تجريدي عالٍ، فكان ينبغي البحث عن الأساس القانوني والأفق أي مستوى تجريدي أعلى، فالتجريد يقتضي التعميم الذي يجب أن يبقى وفيا للواقع القانوني أي القانون الوضعي، ولعل ما يبرر حدود ذلك، هو غياب الدسترة التي جاءت متأخرة زمنيا، فلم تدرج ضمن البحث سواء في موضوعه أو في منهجه.

والحقيقة، أنّ قرار Hieryes قرار عبقري لم تثر كل جوانبه، فاذا كان قد أعتمد من قبل Vedelلتأسيس نظريته حول الأسس الدستورية للقانون الإداري، والتي اعتمد فيها على المادة الثالثة من دستور الجمهورية الثالثة، فإنّه لم يستغل من حيث استخراج نتائجه من الزاوية الدستورية، فقد استند على المادة الثالثة لتأسيس القانون الإداري انطلاقا من مفهوم "السلطة التنفيذية"، وقد كان ذلك سليما حيث وافق ذلك واقعا قانونيا قائما سواء في النص الدستوري أو باقي النشاط القانوني للدولة. فبالعودة الى حيثيته قرار Hieryes التي ذكرت: «أنّ رئيس الجمهورية الموضوع على رأس الإدارة الفرنسية فهو مكلف بضمان بتنفيذ القوانين» بما يؤكد أنّ الوظيفة الإدارية تتماهى مع مهمة تنفيذ القوانين، وأمّا النتيجة الثانية المستقاة، فهي تبعية مفاهيم كالضبط الإداري والمرفق العام كنشاط اداري الى المهمة الأساسية، وهي "التنفيذ"، بما يظهر أنّ مجالي كل من الضبط الإداري والمرفق العام لا يمثلان مجال السلطة التنظيمية المستقلة، كما ذهب اليه معظم رجال القانون، في تفسيرهم لقراري Labonneو Hieryes .

وأدّى البحث انطلاقا من «التعابير الدستورية للإدارة العمومية»[2]، إلى إبراز «التعبير الدستوري للوظيفة الإدارية»[3]، حيث أنّه في علاقة الإدارة بتنفيذ القانون أكد Lanza :«استيعاب الوظيفة الحكومية من قبلالوظيفة الإدارية»[*]عندما أُسّستالوظيفة الإدارية، كما رأينا في اجتهاد Hieryesلمجلس الدولة والتي لم يغير دستور أكتوبر 1958 منها، رغم التأسيس والتكريس الدستوري للسلطة التنظيمية المستقلة بواسطة المادة 37، حيث تماهت الوظيفة الإدارية والوظيفة الحكومية، وليلاحظ :«**الترقية الدستورية للوظيفة الإدارية، وتطابقها مع الوظيفة الدستورية لتنفيذ القانون**»[*4] .

---

[1]Lanza, L'expression constitutionnelle de l'administration française, L.G.D.J. 1984.
[2]Lanza, l'expression constitutionnelle de l'administration publique.
[3]Ibid. P.131.
[*]L'absorption de la fonction gouvernementalepar la fonction administrative.
[4] Ibid. P.167.
[*] «Cette promotion constitutionnelle, son identification à la fonction constitutionnelle de l'exécution de la loi».

وهو يقرّ، أنّ تعريف الإدارة يتم بالنظر لمفهوم السلطة التنفيذية والسلطة العامة وفقا لمعطيات دستوري 1875 و1946[1].

فهو يرى أنّه مع الاعتراف بالسلطة التنظيمية للإدارة بالمادة 37 جعل مفهوم "التنفيذ" مقتصرا على التعريف. وإن أكّده دستره.

بينما يُعرّف فيديل الإدارة بأنّها: «مجموع نشاطات الحكومة والسلطات اللامركزية الخارجة عن قيادة العلاقات الدولية أو العلاقات بين السلطات العمومية والتي تخضع ممارستها لنظام السلطة العامة».

والأمر قد ينصرف الى جميع الأنظمة التي استعارت تقنيات ومفاهيم الدستور الفرنسي كدول المغرب العربي.

ففي المغرب، نجد: «(...) الحكومة تسهر على تنفيذ القوانين (...)» (المادة 61 الدستور المغربي لسنة 1996)[2].

ولم تتغير المعطيات كثيرا، بالنسبة للنظام المغربي، بعد التعديل الدستوري لـ 2011، الذي جاء بعد نقاش طويل إثر حركة مطلبية مطالبة "بالملكية الدستورية"، فإنّه لم يطرأ أي جديد على اختصاص السلطة التنفيذية، فالمادة 96 تنص أنّه: «تحت سلطة الوزير الأول، فإنّ الحكومة تضمن تطبيق القوانين وتملك الإدارية»[3]. وقد اعتبرت الأستاذة برنوسيأنّ: «(...) هذه الاختصاصات كانت دائما تعود الى المجال الحكومي لأنّها كانت مرتبطة، سواء بالسلطة التنظيمية الممنوحة للوزير الأول، أو بالنصوص التي تمنح الوزراء الإشراف والوصاية على المؤسسات العمومية»[4*].

وأمّا في تونس[5]، فإنّ صياغة المادة61(الفصل)58تبدو فضفاضة، فهي تنص على أن: «تسهر الحكومة على تنفيذ السياسة العامة للدولة طبق التوجيهات والاختيارات التي يضبطها رئيس الجمهورية».ولكن الدستور أوكل هذه المهمة التنفيذية لرئيس الجمهورية،فقد نصت المادة (الفصل)53 على أن:"يسهر رئيس الجمهورية على تنفيذ القوانين ويمارس السلطة الترتيبية العامة وله أن يفوض كامل

---

[1]Vedel, Op.cit. p.65.

[2] ظهير شريف رقم 157 .96 .1 صادر في 23 جمادى الأول 1417 (7 أكتوبر 1996) بتنفيذ نص الدستور المراجع.

[3]L'Article 96 : «Sous la responsabilité du Premier ministre, le Gouvernement assure l'exécution des lois et dispose de l'administration».

[4]Bernoussi, la nouvelle constitution marocaine du 29 Juillet 2011, R.F.D.C, N°91, Juillet 2012, p.522.

* «(…) ,ces compétences faisaient déjà partie du domaine gouvernemental puis qu'elles étaient liées soient au pouvoir règlementaire dévolu au premier ministre, soient aux textes qui accordent aux ministres la supervision et la tutelle sur les états lissements publics».

[5] قانون عدد 57 لسنة 1959 مؤرخ في أول جوان 1959 في ختم دستور الجمهورية واصدارة الرائد الرسمي عدد 30 بتاريخ غرة جوان 1959.

هذه السلطة أو جزءا منها للوزير الأول".فهي تقيم الصلة بين سلطته التنفيذية وسلطته الرئاسية،ممّا يبدو منطقيا،وهو بذلك يحدد من له السلطة الإدارية العليا،فرئيس الجمهورية رأس الإدارة العمومية.

ويختلف النظام الذي تتبعه جمهورية موريتانيا حيث تنص المادة 25من الدستور[1]على أن: «يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية ويرأس مجلس الوزراء»، و«هو يتمتع بالسلطة التنظيمية ويمكن أن يفوض جزءا منها أو كلها للوزير الأول ويعين في الوظائف المدنية والعسكرية. ولكن الحكومة هي التي تتصرف في الادارة والقوة المسلحة» (المادة 43)، و: «تسهر على نشر وتنفيذ القوانين والنظم».فتبدو السلطة التنفيذية مزدوجة،وإن كانت الحكومة تملك التصرف في الادارة.

(2) وقد اتسمت التجربة الجزائرية بنوع من الخصوصية إذْ تعلقت في بدايتها بدستور سبتمبر 1963، الذي يعمر طويلا، ولكنه قام على مجموعة من المبادئ والأفكار التي بقيت مؤثرة، على مستوى التصور الدستوري أو الممارسة، كمبدأ وحدانية جبهة التحرير الوطني(المادة22 منه)، باعتباره هو: «(...) حزب الطليعة الواحد في الجزائر»(المادة 23)، فهو (أي جبهة التحرير الوطني) التي: (...) تحدد سياسة الأمة وتوحي عمل الدولة وتراقب عمل المجلس الوطني والحكومة»(المادة24)، والذي يمكن القول أنّها تملك الأولوية على باقي السلطات، حيث ورد ترتيبه سابقا على باقي السلطات (التشريعية: المجلس الوطني، والسلطة التنفيذية) في النص الدستوري، حيث كيّفه بعض الباحثين بأن قيادة الدولة بواسطة الحزب.

والحقيقة، أنّتلك الاختيارات هي نتيجة لحصيلة من التصورات، يتعلّق البعض منها الى ما أشرنا له من المبادئ الدستورية المتعلقة بعلاقة الحزب بالدولة، ويتعلق الآخر بما جاء في ديباجته من أنّه: «**على الشعب أن يسهر على استقرار مؤسسات البلاد السياسية التي هي ضرورة حيوية لمهام التشييد الاشتراكي التي تواجهها الجمهورية**»، والتي استتبعت نتيجة هامة وهي أنه:«(...) **لا يمكن للنظامين الرئاسي والبرلماني الكلاسيكيين أن يضمنها هذا الاستقرار اذا (...) لا ضمانة (...) فعالة (...) إلا بالنظام القائم على قاعدة تغلب الشعب صاحب السيادة والحزب الواحد**».

ونتيجة للقطيعة الدستورية التي أحدثتها حركة 19 جوان 1965، وحلول أمريه 10جويلية محل الدستور في تنظيمها للسلطات التشريعية والتنفيذية حيث لم يبق من التمييز الا معيارا شكليا[2]، فقد طمست معالم كل تمييز لصالح سلطة حكومية مركزة في يد واحدة لرئيس مجلس الثورة، فهو رئيس مجلس الوزراء، والتي تكون بذلك تكريسا لتصور يهدف الى ضمان وحد السلطة المطلقة.

---

[1] دستور الجمهورية الاسلامية الموريتانية لسنة 1991 المصادق عليه بالاستفتاء الشعبي ليوم 12 يوليو 1991 والصادر بالأمر القانوني رقم 022 –91 المؤرخ في 20 يوليو 1991.

[2] اعتبار أنّ النصوص ذات الطابع التشريعي تأخذ شكل "أوامر"، وأن تأخذ النصوص ذات الطابع التنظيمي بشكل مراسيم.

تجسدت تلك التصورات في تغلب واضح للسلطة الإدارية، حيث اختصرت كل المظاهر السياسية لصالح الإدارة.

وترجم ذلك عضويا بأن أصبح الحزب مجرد "جهاز" تحت سلطة مجلس الثورة، واحتكر رئيس مجلس الثورة كل الوظائف يمارسها عن طريق "سلطة ادارية" متعاظمة تحولت الى دولة "ادارية"، بما يظهر استيعاب والتهام "الوظيفة الادارية" للسلطة السياسية المتمثلة في الحزب، في ظل غياب دستور، وحياة برلمانية عادية.

وقد دشن دستور 22 نوفمبر 1976 مرحلة جديدة، في علاقة الإدارة السياسة فقد حاول المؤسس الدستوري، في هذه الفترة الدستورية الجديدة، أن يقنن مجموعة التصورات الموروثة عن دستور سبتمبر 1963، ومعالجة الاختلالات الناتجة عن الممارسة السياسية ذات الطابع الإداري في ظل أمرية 10جويلية 1965 وهكذا، فقد أكد على مبدأ أحادية الحزب وأولويته السياسية وقنن دستوريا علاقته بالدولة وفقا للمبادئ، مع إدخال الآليات الكلاسيكية المنبثقة من تنظيم جديد للسلطة الواحدة على أساس وظيفي تختلف عن التنظيم القائم على الفصل العضوي للسلطات.

وأعتقد أنّ أهم ما ورد هو ما تعلق بتنظيم علاقة الحزب بالدولة، فهي في الحقيقة، أهم من التنظيم الوظيفي لباقي السلطات. فبعد نصّه على أنّ: «تتجسد قيادة البلاد في وحدة القيادة السياسية للحزب والدولة» (المادة 1/98)، وأنّه: «**في إطار هذه الوحدة، فان قيادة الحزب هي التي توجه السياسة العامة للبلاد**» (2/98)، فقد أكد على الفصل العضوي والوظيفي للحزب والدولة وهكذا: «**تعمل أجهزة الحزب وأجهزة الدولة في اطارين منفصلينوبوسائل مختلفة من اجل تحقيق أهداف واحدة**» (1/101)، حيث أنه: «**لا يمكن أن تتداخل اختصاصات كل منهما أو تختلط ببعضها**».

تنظّم هذه الاحكام الدستورية العلاقة بين الحزب والدولة لتضع قواعد إلزامية (أوامر)، لتضمن أن يكون الفصل قائما، فهو قاعدة دستورية، وليبرز لنا، أن الرهان الحقيقي، هو ضمان استقلالية الدولة وحمايتها من طغيان السياسي على الإداري. والحقيقة أن هذه الاستقلالية تدعمت، على مستوى ثان باستقلالية السلطة التنفيذية التي يعتبرها المؤسس الدستوري "وظيفة تنفيذية"، حيث: «**تمارس الحكومة الوظيفة التنفيذية بقيادة رئيس الجمهورية**» (المادة144)، ولضمان استقلاليتها اكثر، فقد تم تعميق فصلها بإنشاء منصب الوزير الأول بموجب المادة 113 من القانون رقم 79-06 المؤرخ في 07 جويلية 1979 المتضمن تعديلا دستوريا حيث انه يمكن أن: «يعين رئيس الجمهورية أعضاء الحكومة ومن بينهم وزير أول يساعده في تنسيق العمل الحكومي وفي تطبيق القرارات المتخذة في مجلس الوزراء»، ويتجسد هذا الفصل عن رئيس الجمهورية والأمين العام للحزب في آن واحد، بمنح "الوظيفة الإدارية" للوزير الأول، بما يشبه فصل الوظيفة الحكومية السياسية التي يختص بها الرئيس، وبذلك يكون الدستور قد منح

الوظيفة الإدارية استقلالية على مستويين: فأما المستوى الأول فما تعلق بالأحكام المشار اليه بفصل الحزب عن الدولة، وأمّا المستوى الثاني: فهو منح الوظيفة الإدارية للوزير الأول.

ويظهر هذا التفريد للوظيفة الإدارية مطلبا معروفا، في كل الأنظمة، سواء كرهان سياسي للحفاظ على استقلاليتها واستقرارها، أو ما تعلق بمقتضى الفعالية. ومهما يكن، فإنها لا تنص بوحدة الوظيفة التنفيذية الإدارية، فهي مفوضة من رئيس الجمهورية، وهي تتعلق بالتنسيق الحكومي وتطبيق قرارات مجلس الوزراء.

والحقيقة أنّ هذه "الوظيفة الادارية" التي نرصدها في النص، تجد لها صدى في الخطاب السياسي للنخب الذي يتحدث عن وجود "حزب الإدارة" مستقلا ويملك سلطة، ويسهم يؤثر في القرار السياسي، كما يمكن أن يعرقلها، ولا نجد لنا دراسة تسعفنا في التدليل على ذلك، لتثبت معنى ذلك التمايز ومداه ورهاناته، ومهما يكن، فهذا التكريس الدستوري الضئيل يظهر اعترافا بضرورة هذه الوظيفة "الإدارية-التنفيذية".

وقد سبق القطيعة التي أحدثها دستور 23 فبراير 1989، تعديل لدستور 22نوفمبر 1976 بواسطة استفتاء 3نوفمبر 1988، والذي كرس في الدستور الجديد.

(2) وفي الدستور الحالي، فإنّ الوظيفة التنفيذية تبدو وكأن الوزير الأول يحتكرها، مثلما كان في ظل دستور 23 فبراير 1989، فالمادتين 2/125 والفقرة 3 من المادة 85 تحيل ذلك إلى سلطته. وذلك يعد تكليفاً دستورياً لا يرقى إليه الشك. فالأمر كذلك منذ التعديل الدستوري لـ 23 فبراير 1989 وكذا تعديل 28 نوفمبر 1996. ولم يغيّر التعديل الأخير لـ 2008 من المعطيات الدستورية المذكورة المتعلقة بالوظيفة العمومية.

وما يؤكد ذلك التكليف الدستوري هو ما جاء في التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 الذي جعل الوزير الأول (رئيس الحكومة سابقا): «يسهر على حسن سير الإدارة العمومية». فهو بوضع الإدارة تحت تصرفه يكون المؤسس الدستوري قد منحه الوسيلة للقيام بتلك المهمة الدستورية. وإن إيراد الفقرتين في مادة واحدة والتي تتعلق بمهام الوزير الأول لدليل على وجود تصور دستوري لتكريس تلك السلطة.

إنّ ذلك التكليف الذي جاء في نص المادة 85، يعد تكليفا دستوريا عاما بتنفيذ القوانين والتنظيمات. فهو لا يرتبط بالإحالة الخاصة التي تأتي بها النصوص التشريعية بما يعني أن الإدارة ملزمة بالتنفيذ بالمعنى الواسع. وهو قد يرتب أثارا أخرى.

فالمادة 85 تقيم ارتبطا عضويا ووظيفيا للإدارة العمومية مع السلطة التنفيذية، بما يحقق الاندماج بين الوظيفتين الإدارية والحكومية، ويجسد المؤسس الدستوري تلك الوحدة، بإلزام الوزير الأول بتفويض صلاحيتها لأعضاء الحكومة (المادة 85 المعدلة بالمادة 09 من القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008).

ويظهر الدمج والوحدة في الدستور بصورة أكثر، فالوزير الأول: "ينفذ" ليس القوانين، بل والأنظمة، أي تلك الصادرة عن رئيس الجمهورية، بما يعزز تلك الوحدة لتدمج في كتلته اختصاصاً واحداً لصالح الوزير الأول. وقد عزز هذا التوحيد "الوظيفي" بأحكام التعديل الدستوري لـ 2008، حيث لا تصدر المراسيم التنفيذية الا بعد موافقة رئيس الجمهورية. ولعلنانجد أنّ من أكثر مبررات التعديل، المتعلقة بالسلطة التنفيذية ما ارتبط برهان توحيد السلطة التنفيذية، حيث برز في رأي المجلس الدستوري المتعلق بالتعديل الدستوري[1] أنّ ذلك يعد إعادة هيكلة للسلطة التنفيذية، وأن الهدف هو ضمان "الانسجام"، مما يبرز أنّ رهان التوحيد كان قائما، بدون ذكر الاصطلاح، فالانسجام يقتضي درجة من التوحيد. وقد أورد المجلس تبريراآخر يتعلق بـ "الفعالية" التي تنسجم مع متطلبات العمل الحكومي، مما يقيم الصلة بين الانسجام والفعالية، ويبين أن الوحدة المجسدة في النص الدستوري المقتضى للفعالية التي أصبحت متطلبا مطلوبا في القانون العام عموما.

والحقيقة أنّ مسعى التوحيد للإدارة العمومية يظهر كمسلمة عامة، حيث: «**يبدو المؤسس الدستوري الفرنسي قد أقام عمله على مسلمة: هي الوحدة العضوية للإدارة، الضامنة لخضوعها للسلطة السياسية (...)**»[*2].

الفقرة الثانية: وحدة الوظيفة "التنفيذية-الإدارية"

إنّ النص على أن الوزير الأول: «يسهر على حسن سير الإدارة العمومية". وهو الذي: "يوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة (...)» (م 1/85) يدل على أن الدستور الجزائري لسنة 1996 لا يقيم تمييزا ولا تفرقه (من حيث الطبيعة) بين الحكومة والإدارة العمومية فهما يندرجان في مفهوم السلطة التنفيذية. وهو ما يعتبر محبّذا من الناحية السياسية والواقعية. والأهم من ذلك، انسجامه مع منطق دولة القانون الذي يعد المبدأ الذي يقوم عليه الدستور. بل أنّ الدمج بين المعنيين يعد تجسيداً للدستور.

إن ذلك الاندماج أو الوحدة لا يعني الخلط. فالمادة تقيم هرمية سلطوية أي سلطة الوزير الأول على الإدارة العمومية. ويترتب على ذلك أنها تقيم علاقة خضوع وتبعية لهذه الإدارة تجاه الوزير الأول.

والحقيقة، أن الدستور الذي يكلف الوزير الأول (رئيس الحكومة قبل 2008) ويجعله السلطة القانونية للإدارة، بمراعاة السلطات الممنوحة لرئيس الجمهورية. فهناك ازدواجية إدارية.

فرئيس الجمهورية يملك سلطات إدارية واسعة أساسا. فهو يوقع الأوامر وخاصة المراسيم الرئاسية التي يمارس بواسطتها السلطة التنظيمية المستقلة.

[1] رأي المجلس الدستوري المتعلق بالتعديل الدستوري لنوفمبر 2008.

[2]Lanza

[*] «Le constituant français semble avoir construit, son œuvre sur un axiome: celui de l'unité organique de l'administration, garantie de sa sou mission au pouvoir politique».

إنّ تلك السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية تجعله الرئيس القانوني الأعلى للإدارة وهذا ما يمكنه من قيادة الإدارة ومراقبتها.

وهو كذلك: "يعين في الوظائف المدنية والعسكرية" (المادة 2/78)، وقد أصبحت سلطة مبدئية مع مراعاة اختصاص الوزير الأول في التعيين هذه السلطة التي أصبحت شبه معدومة بالنظر لمضمون قائمة التعيينات التي نص عليها المرسوم الرئاسي رقم 99-240. الصادر في أفريل 1999.

وبتلك السلطة التعيينية، يصبح رئيس الجمهورية هو السلطة السلمية (الرئاسية) لجميع الموظفين المعيّنين بموجب القاعدة في التوظيف العمومي التي تقضي بأنّ من يملك سلطة التعيين يمارس السلطة الرئاسية والسلطة التأديبية.

فرئيس الجمهورية، بامتلاكه للسلطة التنظيمية المستقلة وسلطة التعيين. يكون قد اكتسب صفة السلطة الإدارية العليا.

وقد تدعمت تلك السلطة وتكرست من خلال التعديل الدستوري لـ 2008. الذي جعل الوزير الأول في وضعية تبعية واضحة تجاه رئيس الجمهورية، في ممارسة السلطة التنفيذية. فالوزير الأول: "يوقع المراسيم التنفيذية (الفقرة الثالثة من المادة 85)، و"يعين في وظائف الدولة"، بعد موافقة رئيس الجمهورية على ذلك.

لقد أعدم تعديل 2008 الازدواجية القائمة، وإن أبقى عليها شكلا. فقدا توحدت السلطة التنفيذية لصالح رئيس الجمهورية.

فالدستور يقيم هرمية إدارية على رأسها رئيس الجمهورية يساعده الوزير الأول. ممّا، يُعد إسهاما في "توحيد" السلطة الإدارية العليا، بعدما كانت ازدواجية تأرجحت في مداها.

ومهما يكن، فإنّ ذلك لا يمس بوحدة "الوظيفة التنفيذية" والذي يستتبعه "انسجام" السلطة التنفيذية. فهو متطلب دستوري لوحدة تطبيق القانون، فالمؤسسات: «تستهدف... ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات ...» (المادة 31 من الدستور).

وقد كتب الفقيهFleurigeon: «أن وحدة التطبيق أو التنفيذ ضرورية بحكم تجسيدها الفعلي لوحدة النظام (الجمهوري)»[1][*].

إن تلك الازدواجية الإدارية وكذلك وجود سلطة تنظيمية مستقلة لا تمس بالمهمة الدستورية للإدارة التي تتمثل في "الوظيفة التنفيذية".

وقد أثبتت الممارسة ذلك حيث أنّ رئيس الجمهورية أصدر ووقع مراسيم رئاسية تتعلق بتنفيذ قوانين. ومن أمثلة المراسيم تلك المتعلقة بتطبيق قانون محاربة الرشوة.

---

[1]Cité par Gulglielmi, op.cit. p89.

[*] «L'uniformité d'exécution est indispensable puis qu'elle constitue par le fait l'unité du régime républicain »

والحقيقة أنّ التعديل الأخير لـ 2008 يذهب في اتجاه توحيد "الوظيفة التنفيذية" عضويا، إذْ أنّ إصدار المراسيم التنفيذية أصبح يتم بموافقة رئيس الجمهورية.

إنّ وجود سلطة تنظيمية مستقلة يمارسها رئيس الجمهورية قد يفسر أنّها تختلف عن "السلطة التنفيذية" التي يملكها الوزير الأول.

إنّ ذلك يؤدي إلى وجود سلطة تنتج معايير "عامة ومجردة"، تختلف عن "معايير السلطة التنفيذية"

وقد لاحظ Vedelذلك عندما ذكر أن الاعتراف بالسلطة التنظيمية المستقلة يتجاوز مفهوم التنفيذ. ولكنه، يتعرف في نفس الوقت بأن مدى تلك الاستقلالية ضئيل. وأنه أقل مما نتصور[1].

والحقيقة، أنّ الممارسة أثبتت في فرنسا أنّ مهمة التنفيذ تعود إلى الإدارة، وبالتالي فإن: «...السلطة التنظيمية وسلطة التعيين هما وسيلتاها من أجل ذلك»[2][*]. وقد كانت تلك ملاحظة الأستاذ Guy. carcassone.

إنّ ما نستنتجه هو أنّ وظيفة "التنفيذ" هو ما يميز الإدارة. فهي لا تشرع بواسطة سلطتها التنظيمية، بل إن هذه الأخيرة هي وسيلة للمساهمة في "الوظيفة التنفيذية".

إنّ هذا التحديد الدستوري قائم على أساس معايير عضوية وشكلية، أي أنّ الفصل العضوي (القائم على مبدأ الفصل بين السلطات) أنتج "الوظيفة التنفيذية". وذلك يتم برغم أنّ مضمون أو ميدان هذه السلطة التنفيذية يتمثل في الحفاظ على النظام العام والسير الحسن للمرافق العمومية. فهذه الميادين تعد مشتركة مع السلطة التشريعية.

فلا تملك السلطة الإدارية سلطة تنظيمية غير محدودة، فهي ليست مستقلة بنفس مكانة القانون فهي مقيدة بمهمة دستورية وهي:التنفيذ فهي ليست،في نهاية المطاف، إلا تجسداً للدستور (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: الوظيفة "التنفيذية-الإدارية" تجسيد للدستور.

انطلاقا من الهرمية الدستورية «(...) إنّ مفهوم القانون ملازم لمفهوم الهرمية»، كما كتب الأستاذ Pierre Bon في تقديمه لأطروحة Denys Béchillon[3].

قامت السلطة التنفيذية على مبدأ التبعية الوظيفية أصلا،وذلك في إطار الهرمية القانونية وفي إطار الفصل بين السلطات.وقد اكتسب استقلاليتها بحكم الضرورة، كما رأينا.على خلاف ذلك، فقد رحب دائما، باستقلاليةالسلطة القضائية وكذا السلطة التشريعيةبل هي مطلب سياسي متجدد من خلال مبادئ الحكومة

---

[1]Vedel, op .cit.p72 -73.

[2]Guy Carvassone, La constitution.9°édition, Edition Seuil 2009.p 132.

[*] « L’exécution des lois est son devoir, le pouvoir réglementaire et le pouvoir de nomination ses moyens. »

[3]Danys Béchillon, Hiérachie des normes et hiérachie des fonctions normatives de l'Etat, préface Pierre Bon, Economica, Paris. 1996.

أو الحكم الراشدودولة القانون[1].ولكن الحقيقة أنّ ذلك يندرج في إطار الهرمية الدستورية (الفقرة الأولى)، بلهو تجسيد له (الفقرة الثانية: العمل الإداري تجسيد للدستور).

الفقرة الأولى: الاندراج في الهرمية الدستورية

إنّ ذلك يندرج في إطار الهرمية الدستورية ويدعمها،فالدستور يحيل إلى السلطة التنفيذية عبر منحها السلطة التنظيمية في بعض المواد (المادة 2/125).

فالتنفيذ يعد "تجسيدا" concrétisation للدستور فمن المؤكد أنّ: «نيّة التجسيد تميز (...) إعداد تنظيم تنفيذي لقانون أو أخذ قرار فردي تطبيقا لقرار تنظيمي»[2]*.

ويظهر ذلك خاصة في مجال الحفاظ على النظام العام في الظروف الاستثنائية (حالات الحصار والطوارئ) والذي يقاس عليه سلطة الضبط التي تقود السلطة التنفيذية كاختصاصات مستقلة.

وقد استقر رجال القانون على: «ربط الاختصاصات المستقلة للحكومة كالحفاظ على النظام العام وسير المرافق العمومية بتنفيذ القانون»[3]*، فهي تجسيد وحدة الوظيفة التنفيذية الإدارية.

وبالتالي فإنّ مهمة التنفيذ تترتب عنها صلاحيات عامة تتمثل في الحفاظ على النظام العام والسير الحسن للمرافق العمومية (هو ما سنتناوله في الفصل الثاني).

إن وحدة واستقلالية الوظيفة "التنفيذية–الإدارية" يرتب كل النتائج التي تندرج في إطار"دسترة" المهمة، فهي كوظيفة اقتضت وسائل لممارسة سلطتها من جهة، وهي بذلك مراقبة من جهة أخرى.

فالوظيفة التنفيذية كمهمة دستورية منحها المؤسس الدستوري وسائل قانونية لتحقيقها وتتمثل في السلطة التنظيمية المستقلة وسلطة التعيين.

فلقد ارتبط مفهوم الإدارة،منذ مدة طويلة،بتنفيذ قانون بعينه،ولكن الاعتراف بسلطة تنظيمية مستقلة،يظهر أن تلك السلطة موجودة،بشكل مبدئي لأنها تتعلق بضرورة التنفيذ عموما، والتي لا يمكنه تصورها بدون وجود ضبط اداري.

وقد أخضعها، بالمقابل إلى مبدأ المسؤولية عبر مجموعة الرقابات.إنّ أهم نوع من الرقابة هو ما تعلق بالرقابة الدستورية، فتنظيماتها تخضع لرقابة المجلس الدستوري بموجب المادة 165 من الدستور. وهو يعد دسترة لميدان الإدارة، ولنظامها القانوني (الباب الثاني).

---

[1]Chevallier J, L’Etat de droit, R.D.P. 1988.

[2]Bockonford, op.cit. P.29.

* « Il est bien certain qu’une intention de concrétisation caractérise l’élaboration d’un règlement d’exécution d’une loi ou la prise de décision individuelle d’application d’un acte règlementaire ».

[3]Prosper Weil et Dominique Pouyaud, Le droit administratif, Que –sais-je ?, PUF 1994.

*«L’on rattachait même à l’exécution des Lois des pouvoirs propres au gouvernement comme le maintien de l’ordre public et le fonctionnement des services publics».

ولا يقل عنه أهمية خضوعها لرقابة: "أجهزة الرقابة" التي هي: "مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور"، (المادة 162 من الدستور).

فهذه الرقابة تخضع لمنطق "تحقيق الدستور" من حيث تطابق عملها مع الدستور. ولا يكون ذلك إلا بالنظر لتحقيق أهداف ومقاصد الدستور. تلك المقاصد المتمثلة خاصة في الحفاظ على الحريات وإقامة المصالح والمرافق العامة.

وتنصرف الرقابة أيضا إلى: "ظروف استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها" بالنظر، دائما إلى "التطابق مع الدستور" (المادة 162 من الدستور).

وهي طبعا، تخضع للرقابة المالية، في نفس الإطار وبالضرورة، تخضع أعمالها للرقابة القضائية عندما تصطدم تلك الأعمال بالحقوق والحريات.

وتعد هذه الرقابة أهم نتيجة ترتبت عن منطق دولة القانون،إذْ أنّ تقوية السلطة التنفيذية رافقتها تقوية الرقابة عليها.

إنّ إعطاء مكانةهامة للسلطة التنفيذية جاء نتيجة للنقد الموجة (...)للبرلمان l'omnipotenceparlementaire[1]،ففي فرنسا،فقد أجمع رجال القانون على النقد اللاذع لتصرف البرلمانات،فهم: «أدانوا التحريف الفرنسي للنظام البرلماني كشكل من الاستبداد»[*].

انّ الحجج كثيرة لهذا العجز،كما أوردها الناقدون[2]، فمن أهم أثارها:نقد مبدأ التمثيل الذي شوهته ديمقراطية الاقتراع،الذي حمل الى البرلمان فئات غير متجانسة.ومهما يكن،فان البرلمان قد أتهم بعدم الفعالية.وان كان هناك عيب ضمني يتمثل في عدم القدرة على مساءلته، وخاصة: «أن النظام لم يقرر أي ضمانه قانونية فعالة ضد البرلمان»[3].وكان الحل هو منح السلطة التنفيذية مكانة قوية عبر إعادة تثمينها revalorisation وقد كانت حجتهم هي الفعالية التي تستمدها السلطة التنفيذية بحكم وظيفتها المتمثلة في تنفيذ القوانين،فهي التي تملك الاختصاص والقدرة بحكم قربها من الواقع.

لقد ظهر التثمين،في وقت مبكر،حيث أدى ذلك الى اعتراف رجال القانون doctrine بضرورة الاعتراف باستقلالية السلطة التنفيذية، حيث كتب Barthélemy مقال بعنوان: "في حرية الحكومة تجاه القوانين المكلفة بتطبيقها"[4]تأييدا لهذا الاتجاه الذي دعمه معظم الفقه وإن كان الأمريعود الى الظروف

---

[1]Marie Joelle،de L'Etat légal à l'Etat de droit, Economica .P.U.A.M.1992

[*] «Tous les auteurs se retrouvent en effet pour dénoncer la déformation française du parlementarisme comme une forme de despotisme», P.89.

[2]Ibid. p 89 -105.

[3] Ibid. p.128.

[4]Barthélemy cite par redor «De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application», P.133.

الخاصة بالتاريخ الدستوري الفرنسي، وقد أظهر رجال القانون أن أصل هذا الاضطراب يعود الى التفسير غير السليم لمبدأالفصل بين السلطات[1]*.

وقد أدّت انتقادات رجال القانون الى التأثيرعلى مكانة الادارة،حيث لم يمر وقت حتى اعترف مجلس الدولة للإدارة،عبر رئيس الجمهورية بالسلطة التنظيمية المستقلة في قرار La bonne 1919، وقرارHiyeries،ليتم دسترة ذلك في دستور الجمهورية الخامسة(1958)،وقد أضفى انتخاب رئيس الجمهورية الشرعية على السلطة التنفيذية.

ومهما يكن،فإنّ خضوع السلطة التنفيذية للرقابة القضائية بما تملكه من سعة اختصاص (بالنظر الى سلطتها التنظيمية)يعد أهم مكسب سجله التاريخ بالنسبة لتلك الفترة،مما جعل الأستاذةJoëlle Redor تكتب: «إنّ وجود الرقابات القضائية على أعمال السلطة التنفيذية أصبح حجة اضافية من أجل نقل جزء من صلاحيات المجالس (البرلمانية)غير المراقبة الى هذه الأخيرة»[2]،ولتخلص الى القول بأن: «اعادة تثمين السلطة التنفيذية يمثل عنصرا هاما في تأسيس دولة القانون»[*3].

إنّ مسار خضوع الادارة للقانون،أمر معقد،فهي تخضع بالأساس للسلطة السياسية الشرعية،فمبدأ التبعية Subordination يعد أمرا مقدسا،فالأستاذ J. Chevallier يقول أن:"نظام دولة القانون لا يجعل الادارة في وضعية تبعية كاملة"[4]،ولكنه يعترف بأن تبعية الادارة قد" تدعمت"،وإن بقيت "نسبية"،[5]والتي تظهر، خاصة من خلال قوة رئيس الجمهورية الذي أصبح"رئيسا يحكم"[6].

إنّ تثمين الوظيفة التنفيذية في الجزائر والاعتراف بخصوصيتها يبرر كثير من التعديلات الدستورية انطلاقا من تأسيس وظيفة الوزير الأول في تعديل 1979[7]الى تعديل نوفمبر 1988 الذي أسس منصب رئيس الحكومة والذي كرس في دستور 23 فيفري 1989. إنّ بروز الحكومة كهيئة مستقلة عن رئيس الجمهورية كان أكثر الرهانات التي تبرر النقاشات حول التعديلاتالدستورية،خاصة في الفترة مابعد

---

[1]Michel Tropper, le principe de la séparation des pouvoir et l'histoire constitutionnelle française…

* الترجمة للطالب.

[2]J. Redor, Op.cit. P.122.

[3]Ibid. P.123.

* « La revalorisation de l'exécutif constitue de ce fait un élément important dans l'institution de l'Etat de droit ».

[4]Jacques Chevallier, l'administration subordonné ? in «La constitution de la 5°République», La documentation française .Paris 2008 .p 8.

[5]Ibid., P.88-89.

[6]Jean Gicquel, un président qui gouverne in « La constitution de la 5°Rèpulique.)

[7]Ibid. P.65.

1999. فبروز الحكومة l’émergence du gouvernement ظاهرة عرفتها عدة أنظمة[1].وقد تمحورت الرهانات حول مدى استقلاليتها وكذا وحدتها وتبعيتها.

لقد مس التعديل الدستوري الأخير لنوفمبر 2008 الوظيفة التنفيذية بالأساس،فهو قد ركزها في رئيس الجمهورية، وكرس تبعيتها،وقد مسّ أساسا وسائل ممارسة الوظيفة التنفيذية، فلا يتم التوقيع على المراسيم التنفيذية،ولا التعينات التي يقوم بها الوزير الأول،إلّا بعد موافقة رئيس الجمهورية.

وقد رأى المجلس الدستوري أن مشروع القانون المتضمن التعديل الدستور[2]: «لا يؤثر البتة على صلاحيات السلطات والمؤسسات الأخرى والآليات الدستورية التي يقوم على أساسها توازن السلطتين التنفيذية والتشريعية» المجسدة لمبدأ الفصل بين السلطات.

وقد أكد المجلس خصوصا على اعتبارات وحدة السلطة التنفيذية حول رئيس الجمهورية وتدعيم تبعيتها له عن طريق تفويضه للوزير الأول رئاسة مجلس الحكومة.فقد اعتبر المجلس الدستوري أن موضوع التعديل يتعلق:"بإعادة تنظيم السلطة التنفيذية من الداخل"،وأنهامجرد:"هيكله جديدة داخل السلطة التنفيذية"،فهذا تأكيد على بقاء وحدتها وهي كانت رهانا دائما في جميع النظم.ويذهب المجلس الدستوري بعيدا عندما يعتبر أن التعديل الذي مس المواد المتعلقة بالهيئة التنفيذية: «تهدفالى(...)ضمان انسجام (cohérence)وفعالية أفضل لمهامها».فالمجلس يلتزم من تحقق وحدة لسلطة التنفيذية (انسجامها)، بل يضيف اعتبارا جديدا هو الفعالية.

إنّ تثمين الوظيفة التنفيذية الذي استدعى دعم وحدتها واستقلاليتها رافقه تقوية خضوعها الوظيفي للسلطة السياسية الشرعية وخضوعها لمتطلبات دولة القانون من خلال اخضاع أعمالها لرقابة القضاء.

إنّ تلك "الوظيفة التنفيذية" هو ما قرره الدستور فقد تكون حكومية أو إدارية، فالتمييز غير موجود دستورا. وهو ما تقتضيه دولة القانون كدولة حقوق وحريات.

فالتمييز استبعاد للمسؤولية، وهو ما يخالف القاعدة العامة الدستورية التي أسست المسؤولية في جوانب كثيرة، وذلك عندما رتبت الجزاء عن ذلك وهو الرقابة.

فالدستور يفترضها (أي السلطة التنفيذية) واحدة ومتداخلة، وهي من المكتسبات المكرسة بدون أن تتحقق كلية، وهو ما لاحظه الأستاذGoyardعندما كتب أنّ: «تصورلافيريير للتمييز بين الوظيفة الإدارية والوظيفية الإدارية لم يعد قائما ولا يمكن نقله إلى النظام القائم بعد 1958 التي جعل هذه الوظائف تتداخل: الوظيفة التنفيذية والوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية»[3].

---

[1]Michel Tropper, l’émergence du gouvernement, moncherstion1999 .Mélanges Gelard 19 p133 .5.

[2] رأي رقم 08/01.ر.ت/ م.د مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1429 الموافق 7 نوفمبر 2008 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري. الجريدة الرسمية ح.ج.د.ش.عدد:63.

[3]Claude Goyar, Etat de droit et democratie, P.307.

الفقرة الثانية: "الوظيفة التنفيذية-الإدارية" تجسيد للدستور

تُجسّد الوظيفة الإدارية الدستور (1) لتجد ترجمتها في النظام القانوني للقرارات الإدارية (2).

(1) تؤسس المادة 85 من دستور 28 نوفمبر 1996، كما رأينا، للوظيفة التنفيذية-الإدارية بمكوناتها، وخاصة التأسيس الدستوري للإدارة العمومية حيث منحها المؤسس الدستوري مكانة دستورية التي تعدّ تتويجاً لمسار طويل من الانبثاق البطيء للوظيفة التنفيذية.

فقد رأينا أنّ تأسيس الوظيفة التنفيذية مر دستوريا بمراحل متقطعة حيث كانت الوظيفة الحكومية التي ظهرت بقوة في دستور 1963، وفقد تجسد ذلك من خلال تأثر القضاء الإداري بها، حيث أثارتها الإدارة في قضية والي الجزائر S.A.I.D، فقد استند الى الدستور في مادته العاشرة (10)، ليؤكد ويؤسس للوظيفة الحكومية تمييزا لها عن الوظيفة الإدارية. فقد اعتبر قراره (أي الوالي)عملا حكوميا، «لأنّه ومن أجل تحقيق الأهداف الأساسية المحددة في المادة من دستور 10 سبتمبر 1963، فإنّ الحكومة وأعوانها مدعوون إلى اتخاذ الإجراءات التي تتجاوز إطار نشاطهم الإداري» وليرى، أن ذلك ينبغي أن يؤثر في: «موقف القضاة الذين يجب عليهم أن يوجهوا عملهم لكي لا يحدث اضطراب في مسار إقامة ديمقراطية اشتراكية واقتصادية التي باشرتها الحكومة». وهو يقيم تمييزا بين القرار الحكومي والقرار الإداري (ممثلا في الوالي) حيث يرى أنّ الحكومة وأعوانها ملزمون بتطبيق الدستور، فهو، في نهاية المطاف، لا يميز بين الحكومة وأعوانها الإداريين.

وقد شهدت الفترة الدستورية الناتجة عن دستور 22 نوفمبر 1976 بلورة للوظيفة الإدارية انطلاقا من الدستور، فهي تمارس من قبل الحكومة بقيادة رئيس الجمهورية (كما جاء في نص المادة 114)، وهو المختص بتطبيق القانون، فالمجال التنظيمي يعود له (1/152المادة). يتبين من أحكام المواد: 114و152 الاندماج بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية.

وقد نظم المؤسس الدستوري كيفية تجسيده فرئيس الجمهورية الذي "يحمي الدستور"(المادة 111/مطة3) والذي: «يقرر طبقا للميثاق الوطني لأحكام الدستور، السياسة العامة في المجالين الداخلي والخارجي (...)».

فهو: "يترأس مجلس الوزراء"(المطة 8)، فاضطلاعه "بالسلطة التنظيمية" (المطة العاشرة من 111)، "ليسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات"(المطة11)، ولهذا فهو: «**يحدد صلاحيات أعضاء الحكومة طبقا لأحكام الدستور**» (المطة 7 من نفس المادة 111)، وذلك يقتضي أن: «**يعين الموظفين المدنيين العسكريين**، (..)» (المطة12).

نلاحظ أنّ المادة 111 من دستور 22 نوفمبر 1976 تعتبر خلاصة "الوظيفة-التنفيذية" حيث يتجسد التطابق بين الوظيفتين.

نستنتج من مضمونها الكثيف التجسيد المتدرج للدستور في بعده العضوي حيث تتدرج من رئيس الجمهورية الى أعضاء الحكومة الى الموظفين في إطار هرمية حددها الدستور، وكذا في بعده الوظيفي، فتتجسد في توزيع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة، بما يؤدي الى تجسيد متدرج للدستور انطلاقا من الصلاحية التنظيمية لرئيس التي يستعملها لتنفيذ القوانين والأنظمة.

وقد اقتضى هذا التأهيل العام الذي يملكه رئيس الجمهورية فعالية أكبر، والذي اقتضى، كما سبق وأنْ بيّنه في الفرع السابق استقلالية أكبر عن رئيس الجمهورية المثقل بالأعباء السياسية (فهو الأمين العام للحزب)، والذي ترجم عضويا في إنشاء منصب الوزير الأول، وفي تفويضه جزءا من صلاحيات رئيس الجمهورية التي تندرج في مجال التنفيذ السياسي.

ويسجل التعديل الدستوري لـ 23 فبراير 1989 نقلة نوعية حيث منحت لرئيس الحكومة الصلاحيات الإدارية التي كانت لرئيس الجمهورية في دستور 22نوفمبر 1976، وبضمانات دستورية، فهي مستقلة، يستمدها من الدستور مباشرة. فقد نصت المادة 81 على أنها: «يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات» (المادة 81/المطة3)، والتي تأخذ شكل المراسيم التنفيذية بها (المطة4)، فهو يحوزها دستوريا دون رئيس الجمهورية، بما يظهر انتقال دستوري للوظيفية الإدارية اليها، فهو مالكها، فيعد رأس الإدارة، وهو ملزم بتوزيعها كإلزام دستوري سواء وظيفيا بأن: «يوزع صلاحيات بين أعضاء الحكومة مع احترام الاحكام الدستورية، بحكم أنّه يرأس مجالس الحكومة» (المطة2 من نفس المادة)، وكذا التعيين في وظائف الدولة (مطة5).

وتعد تلك المكانة الدستورية التي اكتسبتها الوظيفة التنفيذية طفرة بما توفّره لها من حماية دستورية واستقلالية، والتي لم تكن شكلية، بدليل أنّ كثيراً من الازمات السياسية كان رهانها امتلاك السلطة التنفيذية–الإدارية، والتي لا يمكن افتكاكها الا بإقالة رئيس الحكومة أو باستعمال السلطات الاستثنائية التي تعود لرئيس الجمهورية.فقد كانت جلّ الخلافات بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة تدور حول توزيع الصلاحيات، وقد ظهرت مبكرا، حيث كانت في سنة 1989 حول سلطات التعيين، والذي اقتضى مرسوما لتوضيح التقاسم الدستوري لصلاحية التعيين (المرسوم الرئاسي لافريل 1989، رقم 89–44). وقد كان المرسوم وفياً للنص الدستوري، حيث أصبحت سلطة التعيين تعود، مبدئيا وكقاعدة عامة لرئيس الحكومة، واستثنائي خُصّص ميدان محفوظ لرئيس الجمهورية (التعيينات الدبلوماسية والعسكرية الولاة–مصالح الأمن–القضاة–محافظ البنك المركزي) أساسا وقد أظهرت ممارسة السلطة التنظيمية من قبل رئيس الحكومة توسعا على حساب مجال رئيس الجمهورية في كثير من المجالات (كمجال الصفقات العمومية مثلا).

وقد كان لوضع السلطة الإدارية في ظل التعددية السياسية المكرسة في الدستور أثر على مكانتها ودورها، فقد طُرحت مطالب حيادها في الصراع الحزبي والمنافسة الانتخابية، وكان اهم مظهر لهذا التحييد

فصل الحزب عن الدولة عضويا وسياسيا، فلم يعد رئيس الجمهورية أمينا عاما للحزب، وكذا سحب أعضاء الجيش من اللجنة المركزية للحزب الطلائعي سابقا، فمقتضى الحياد هو التأكيد على استقلالية الإدارة بشكل أعمق عن الصراعات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وقد تجسد ذلك مبكرا، في ظهور أول السلطات الإدارية المستقلة، فتم احداث المجلس الأعلى للإعلام[1] (المادة 59 من القانون 07/90)، وكذا مجلس النقد والقرض[2]، فهذا النوع الجديد من الإدارة تدعم مقتضى الاستقلالية التي تهدف في الحقيقة، الى ضمان تحقيق الحريات، وهي في الحقيقة تجسيد للدستور كأهم حام وضامن لهذه الحقوق والحريات.

لقد استنتجنا الوظيفة الإدارية كوجود عضوي من خلال "رئيس الحكومة"، "أعضاء الحكومة" و"مجلس الحكومة" وكذا "الموظفين"، وكوجود مادي من خلال مهمة: تنفيذ القوانين والأنظمة ووسيلتها السلطة التنظيمية، فهي موجودة في وضعية اندماج مع الوظيفة الحكومية. ومهما يكن من هذا التواجد الدستوري المستمر، فننا لم نجد لها بعدا عضويا موحدا، بما يعد بعدا منقوصا ومبتورا بما يحرم الدسترة من أن تجد لها عمادا قائما محددا.

وقد أحدث التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 طفرة نوعية بأن أسس الإدارة العمومية لأول مرة، وبذلك، يكون المؤسس الدستوري ترجم ذلك الوجود الدستوري للوظيفة الإدارية التنفيذية، بالاعتراف بالوجود العضوي على شكل هيئة موحدة، فذلك تكملة للحلقة المفقودة.

فقد كان مفهوم الإدارة العمومية محايثا للسلطة التنفيذية، وكما سبق وأن تبين لنا، فقد كانت هذه الإدارة العمومية مجموعة الهيئات المذكورة في دستور نوفمبر 1976 و1996، فوجود الإدارة مرتبط بالوظيفة التنفيذية التي تهدف الى تنفيذ القانون، في ظل دولة الشرعية[3]L'Etatlégal التي تميزت بطغيان مبدأ الشرعية، فهو يقتضي خضوع الإدارة للقانون، وخاصة بعد التنفيذ الذي يستغرق معنى الشرعية في كثير من التعريفات، فهذه العلاقة المزدوجة من التبيعة والتنفيذ، تعني أن التنفيذ يتم في اطار هرمية قانونية تتكون من مجموعة من القرارات المتدرجة، والتي تعكس هرمية عضوية ووظيفية بين البرلمان والسلطة التنفيذية، حيث تتماهى السلطة التنفيذية والسلطة الإدارية.

فهذهالهرمية، التي زاوجت بين الفصل بين السلطات، أي ازدواجية عضوية في ضل هرمية، فقد انتجت تأسيسا للوظيفة التنفيذية لصالح الحكومة والإدارة ككل واحد، يترتب على ذلك التأسيس الاعتراف بالسلطة التنظيمية العامة التي تمارس، بدون إحالة تشريعية خاصة، والتي ترتب عنها تكريس الإدارة كسلطة تنظيمية.

---

[1] القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام بتاريخ 03 أفريل 1990.

[2] القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الصادر بتاريخ 14 أفريل 1990.

[3]Joélle Redor, de l'Etat légal à l'Etat de droit, Economica, 1996.

والحقيقة، أنّ هذه الترقية الدستورية للإدارة العمومية، من حيث تكريسها اصطلاحا في دستور 1996، يفهم منها ان ذلك التأسيس له أثران: يتعلق الأثر الأول بإقامة علاقة التبعية والخضوع من جهة ، وأمّا الأثر الثاني فهو اعتبارها كوسيلة تنفيذية في يد الحكومة ، وبذلك يكتمل البناء المؤسسي ليظهر الزوج المتكون من الحكومة والإدارة، إنّ هذا التميز العضوي الدي يزيل اللثام عن الاندماج بينهما، لا يؤثر في وحدة الوظيفة التنفيذية، بل إنّ الأثر الأكبر لتأسيس الإدارة العمومية هو تمديد أثر هذه الوظيفة لأنّ ذلك الاندماج الموجود قد يفسر انه يتعلق بالإدارة العليا دون باقي السلم الإداري،فتصبح الإدارة العمومية هي العمود الفقري للوظيفة التنفيذية بتجسيدها للهرمية الإدارية، السلطة الهرمية شرطا لتحقيق الوظيفة التنفيذية.

فتأسيس الإدارة العمودية يشرعن لدورها الذي كان متخفيا في السلطة التنظيمية التي تنشئ المعايير القانونية.

ولعل الأثر الأهم هو دسترة الوظيفة التنفيذية للإدارة العمومية عموما فلا تقتصر على الحكومة المركزية، بل يمتد الى كل مكوناتها ودرجاتها، فإقامة الإدارة العمومية هو اعتراف وتكريس دستوري للهرمية الإدارية التي يفترضها وجود إدارة عمومية واحدة. وتكون هذه الهرمية الإدارية وسيلة لإقامة الشرعية على كل مستويات التدرج الإداري.

يمكن القول أنّ ذلك الشرط يعد شرطا ضروريا لتجسيد الشرعية عموما، بما فيها المكوّن الدستوري،وبالتالي، فإنّ ذلك التأسيس يسهم في التجسيد المتدرج للدستور والحقيقة أنّ الصيغة الحالية للمادة 85 تقترح بناء دستوريا متماسكا يبرز من خلال الترتيب شكلي المقترح، فهيكلتها تسمح لنا بقراءة بسيطة، فخلاصة مضمونها انها تنظيم دستوري للوظيفة التنفيذية يقوم على أساس من الهرمية الدستورية والهرمية الإدارية.

وهكذا، فإنّ الوزير الاول يلزم دستوريا بأن: «**يوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة مع احترام الأحكام الدستورية**» (مطة1) للقيام بمهمة الدستورية المتمثلة في أنّ: « **يسهر على تنفيذ القوانين وتنظيماتها**»(مطة2)، وذلك بأن: «**يوقع المراسيم التنفيذية، (...)**»(مطة3)، ويكون ذلك، تحت سلطة رئيس الجمهورية فهي تتم :«(...)، **بعد موافقة رئيس الجمهورية على ذلك**»(مطة3)، والتي تقتضي امتلاك سلطة التعيين: «(...)**في وظائف الدولة (...)**»(المطة4)، تحت سلطة رئيس الجمهورية، فهي تتم بعد موافقة، ودون المساس بصلاحيات الرئيس المعددة في المادتين 77و78، فهذا التوزيع الدستوري المنظم ينطلق من أعلى الهرم الإداري لينتقل الى كامل الإدارة والتي من ضمنها صلاحيات الوزير الأول الذي هو مكلف بأن: «**يسهر على حسن سير الإدارة العمومية (...)**»(مطة).

نستخلص، أنّ المؤسس الدستوري قد أقام هرمية ادارية بتأسيسه للإدارة العمومية، كضمانة دستورية لقيامها بمهماتها الدستورية أو وظيفتها الدستورية المتمثلة في تنفيذ القوانين والتنظيمات.

نستنتج أنّ المادة 85 قد جسّدت المبدأ الدستوري المتمثل في مبدأ التوزيع الدستوري لمجالات الاختصاص والذي يتجسد في الوظيفة التنفيذية التي تتطابق مع الوظيفة الإدارية، التي منحتها حماية دستورية بحكم المكانة الدستورية للإدارة العمومية.

(2) والحقيقة أنّ النظام الدستوري الذي يهدف الى إقامة الشرعية بما فيها الشرعية الدستورية التي تجسدت واثر في القرارات الإدارية فالأصل أنّ القرارات الإدارية هي التي تعد تجسيدا للقانون وتنظيمات، فهي مقتضى إقامة الشرعية، نتج عن ذلك علاقة تبيعيه بين القرار الإداري للقانون والتنظيم، واستقلالية، والذي اقتضى رقابة إدارية وقضائية والتي تهدف الى ضمان إقامة شرعية بمعناها الواسع، أي بما فيها الشرعية الدستورية، فهذه العناصر الثلاثة رسمت مكانة دستورية للقرار الإداري حيث هو المنبعث وهو نتيجة ووسيلة تلك الشرعية المراد اقامتها.

حيث أنّ ممارسة السلطة التنظيمية المستقلة لرئيس الجمهورية وتلك الممنوحة للوزير الأول (عن طريق المراسيم التنفيذية) تهدف الى التنظيم، فلا تمييز بينها، وهي تعتبر قرارات إدارية من زاوية الرقابة الادارية التي هي مقتضى دستوري لإقامة تلك الشرعية، فالمادة 143 من دستور 28نوفمبر 1996، تخضعهما جميعا لها، فلا تفرق بين القرار الرئاسي وقرارات الوزير الأول: أو حتىالصادرة عن رئيس مجلس شعبي بلدي، وهي بذلك تعترف بالوجود الدستوري للقرارات الإدارية، والحقيقة، أنّ ذلك يتوافق مع توصلنا اليه في الصفحات السابقة من وجود الهرمية العضوية انطلاقا، من الدستور والتي تترجم في الهرمية الوظيفية، عبر التوزيع الدستوري لاختصاصات الإدارية (المادة 85-1)، بما يعني أنّ هذه الوظيفة التنظيمية موزعة على جميع إدارات ممثلي الدولة، الدستور ينظم عملية تفويض ممارسة هذه السلطة لصالح الوزراء أساسا، كممثلين أساسيين، ما يمنح من أساس دستوري لصلاحيات الوزير، وقد استقرّت الممارسة الجزائرية على أن يتخذ الوزير الأول (رئيس الحكومة قبل 2008) مرسوما تنفيذيا بناء على المادة 85، المطة الأولى[1] لتحديد صلاحيات الوزراء، والذي يتخذ على أساسه (أي المرسوم التنفيذي) مرسوما تنفيذيا ثانيا يليه يحدد فيه: تنظيم الإدارة المركزية. يبين ذلك سيرورة التفويض للاختصاص التنظيمي للوزير الأول حيث يمنحه للوزراء، وجرت العادة أن يصدر الوزير الأول (مرسوما تنفيذيا بمناسبة تشكيل الحكومة، يرخص فيه أولئك الوزراء بتفويض اختصاصاتهم الى مديري الهياكل المركزية)، يبرز ذلك توزيع الوظيفة التنفيذية الإدارية ضمن هرمية دستورية، مما يبرز، أنّالقرارات الإدارية، ما هي، في نهاية المطاف الا ترجمة وتجسيد للشرعية، وللدستور. نستنتج أنّ السلطة التنفيذية تنتشر وتتوزع على الإدارة العمومية في اطار الهرمية العضوية، بما يسمح لنا بالتأكيد على أنّ السلطة التنظيمية تعود للإدارة العمومية، فرئيس الجمهورية والوزير الأول هم الرؤساء الهرميين وبالتالي، فمضمون

---

[1] مثالها: المرسوم التنفيذي رقم 03-49 مؤرّخ أول نوفمبر 2003، يحدد صلاحيات وزير المساهمة وترقية الاستثمار، ج.ر. ج.ج. عدد 07 بتاريخ 2 فبراير 2003، ص 5.

المادة 85 يحسم النقاش حول امتلاك الوزراء واعوانهم للسلطة التنظيمية، فهم يملكونها على أساس دستوري، وإن كان بالإمكان القول أنّ تلك السلطة التنظيمية تجد مبررها في ضرورتها لتنفيذ القرارات، وينصرف ذلك الى السلطات اللاتركيزية للدولة حيث أنّ تحديد هياكلها يعود للسلطة التنظيمية، كما هو الحال في الممارسة الجزائرية.

وتسمح لنا المادة 143 من دستور نوفمبر 1996 المتعلقة ببسط الرقابة القضائية على أعمال السلطات الإدارية من استنتاج اسهام هذه السلطات الإدارية في إقامة الشرعية والتي تتأثر بدورها، حيث يرتب خضوعها للقضاء المكلف بمهمة دستورية: ضمانة الحقوق والحريات في نطاق القرارات الإدارية.

فيترتب عن هذه الوظيفة الدستورية للقضاء أثر على رقابتها للقرارات الإدارية، فهي رقابة تستهدف حماية الحقوق والحريات من استعمال السلطة العامة أي من القرارات الإدارية، نستنتج من احكام المواد 85 و143 مجتمعة أن إقامة الشرعية اقتضت خضوعا مزدوجا للسلطة القضائية والتي تتحدد في المهمة الأساسية الا وهي تجسيد الدستور.

فالتنفيذ كمقتضى دستوري، والذي يجسد الدستور يستغرق معنى ضمانة الحقوق والحريات، ينتج عن القرارات المتخذة من قبل الإدارةتهدف الى اقامتها وتحقيقها.

فقد أصبح اتخاذ القرار الإداري يتطلب من الإدارة احترام جملة من المتطلبات الدستورية المتعلقة بإعداده وتنفيذه ورقابته (سنتناوله في الباب الثاني–الفصل الثاني–المبحثالثاني) فالتنفيذ، بالمعنى الواسع، أي تجسيد الدستور La concrétisation يتضمن: «(...) **بتأكيد نية التجسيد التي تميز ... اعداد كل تنظيم تنفيذي لقانون أو قرار فردي لقرار تنظيمي**»[1*].

ويتجسد خضوع القرار الإداري للدستور، في اخضاع التنظيم للرقابة الدستورية كما تنص عليه المادة 165 من دستور 28 نوفمبر 1996، بمعنى أنّه يراقب على ضوء الدستور، مما يستلزم أن يكون موافقا للدستور.

نستنتج افتراض قيام قرينة الدستورية، أي دستورية التنظيمات، وهي، طبعا، قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، بمناسبة رقابة شرعية أو رقابة دستورية، والتي أصبحت رقابة مندمجة (الباب الثاني–الفصل الثاني).

وقد تجسدت هذه الامكانية بفضل اجتهاد القضاء الإداري عن طريق قرارات صادرة عن مجلس الدولة، حيث سنحت الفرصة ليبيّن الاجتهاد القضائي الإداري مدى تمثله واستيعابه لهذه المتطلبات الجديدة المتصلة لإقامة دولة القانون، والتي تُعد الدسترة معيارها الأساسي، والتي مادتها الأساسية هي

---

[1] Bockonford, Op.cit. P.29.

[*] «Il est bien certain qu'une intention de concrétisation caractérise l'élaboration d'un règlement de concrétisation d'une loi ou la prise de décision un divi duelle d'application réglementaire».

ضمانة الحقوق والحريات، وسنورد قرارين لمجلس الدولة أسهما في تحقيق تلك الامكانية القائمة في كمون الدسترة، وستناولهما اتباعا بحسب تاريخ صدورها لان ذلك يبرز تطور تفكير القاضي الإداري في هذه المسألة.

فأمّا القرار الأول الصادر عن مجلس الدولة[1]، والذي يمكن تسميته بقرار سعيدي رابح، القاضي الذي رفع الدعوى التي تستهدف الغاء القرار الضمني برفض تظلمه الولائي المسبق والذي وجهه الى السيد رئيس الحكومة بتاريخ 2002/03/27، وقد التمس في التظلم من رئيس الحكومة اصدار مرسوم تنفيذي يتعلق بكيفيات تطبيق المادة 55 من الامر 23/95 المؤرخ 1995/08/26 المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة باعتبار أنه بنص هذه المادة يستفيد قضاة المجلس الذين بلغو سن 60سنة من نظام التقاعد المطبق على الاطارات السامية للدولة، ورغم مرور 7 سنوات من دخول الامر المذكور حيز التنفيذ الا أن المرسوم التنفيذي المطلوب لم يتم إصداره مما شكل عائقا يحول دون استفادة القضاء المحالين على التقاعد من هذا النظام، وحيث أنّ العارض معني.

وقد اثار المدعي أنّ «**رفض** اتخاذ النصوص التطبيقية يعد تجاوزا للسلطة ويشكل خرقاً للقانون...»، ويضيف في حجته: «**أن الفقرة الثانيةمن المادة 55**» تضع الإدارة في وضعية اختصاص مقيد بإلزامها اتخاذ الإجراءات التطبيقية لتطبيق هذه المادة دون ان تخول لها السلطة التقديرية، ويواصل المدعي حشد ادعاءاته [إن اعتبر:«(...) **هذا الرفض** هو اجراء تمييزي واعتبره مساساً لمبدأ المساواة (...) المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور،ويعد مساسا بحق أساسي»، والذي يرتب على رئيس الحكومة كما جاء في حجج المدعي: «**وفقا لنص المادة 85 الفقرة الثالثة السهر على تنفيذ القوانين واللوائح(...)**».

مما يمكن استخلاصه من الأسس التي استند اليها المدعي هي استناده الى تصور واضح حول سلطة رئيس الحكومة الذي يجسد السلطة التنفيذية فهو يرى انها (السلطة التنفيذية) ملزمة بإصدار المرسوم التنفيذي وفقا للمادة 03/85 من الدستور الذي نص على سهره على تنفيذ القوانين وتنظيمات لان رفض إصداره يعد مساسا بحق أساسي فقد قدم المدعي تفكيرا مركبا منسجما مع ما تقتضيه دولة القانون من حماية الحقوق الأساسية، وقد ظهرت قوة التفكير وسلامته في تبني القاضي لهذه الحجج، وإن كانت جزئية. ولكن، القاضي الإداري سجل قفزة نوعية حيث اظهر تحكما وتمثّلا كبيرا لمبدأ دولة القانون وضمانة الحقوق، وما تطلبه من الانضباط القانوني الذين ينعكس على طريقة تفكيره سواء على مستوى وسائل التكييف أوالتفسير.

---

[1] مجلس الدولة، قضية سعيدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، غير منشور، بتاريخ 2003/05/20.

وهكذا، فقد كان رد القاضي في حيثياته مقنعا من الناحية القانونية والفكرية، والحقيقة،أنّ مضمون تلك الحلول القانونية هو موضوع فحصنا والمأخوذ به في قراءة أيّ قرار لقاضي، فقراءة القاضي الإداري وتفسيره الصادرة منه، باعتباره مفسرا أصلياinterprète Authentique، فقراره يعد عملا معبرا عن إرادة سلطة عامة مؤهلة un acte de volonté[1]،فهويعدّاجتهادا، وليس مجرد عمل معرفي un acte de conaissance، فهو محدث لقاعدة قانونية. وقد أقرّقاضي مجلس الدولة المدعي في تأسيساته، ويمكن أنّ نذكر خلاصة (مسار) تفكير القاضي حيث أنّه ذكر في حيثيته أنّ: «(...) **الحكومة الملزمة قانونا باتخاذ جميع التدابير من اجل جعل هذا الحق فعليا، ولا تتمتع هذا المجال الا باختصاص مقيد، هذا الاختصاص لا يمنحها أي سلطة لتقدير ماعدا تحديدها، تحت رقابة القاضي، شروط التطبيق وحدود هذا الحق».**

يؤيد مجلس الدولة فكرة الربط بين الوظيفة التنفيذية –الإدارية وتجسيد الحقوق، فالحكومة ملزمة بجعل الحق فعليا، فيقع على الحكومة لزوما واجبارا تجسيد الدستور، بتجسيد الحقوق والحريات، فلا يمكننا المساس بها، وبالتالي، يترتب عن ذلك أثر على مدى وطبيعة اخصاصها، فهو يكيفه علىأنّه اخصاص مقيد، فلا تملك الحكومة سلطة تقديرية في مجال لحقوق والحريات.

يجسد القاضي الإداري لمجلس الدولة باجتهاده في قرار سعيدي ضد رئيس الحكومة فكرة أنّ القرار الإداري هو تجسيد للدستور والشرعية بشكل عام، فقد راقب المجلس قرار رئيس الحكومة السلبي من زاوية دستورية بدون أنْ يصرح بذلك فلم يشر الى أي حكم أو مبدا دستوري، وإن كان قد اسنده، ضمنيا، على المادة 139 من دستور 28 نوفمبر 1996 التي تجعل القاضي الحامي للحقوق والحريات الأساسية.

إن للقرار اثارا أخرى تنبثق من هذا المبدأ، الذي يربط القرار الادري كامتياز السلطة العامة مؤسس دستوريا.

وقد جاء القرار الثاني[2]أكثر وضوحا من قرار سعيدي حيث انه استند الى أساس دستوري (حكم دستوري) ووضع قاعدة عامة تنطبق على جميع القرارات الإدارية.

فقد طعن المدعي (ج.ط)، مواطن جزائري مقيم بفرنسا، في منعه منالدخول الى الإقليم الوطني من طرف السلطات المختصة التي لم تبلغه اطلاقا بمثل هذا القرار.

وقد وجه المدعي طعنا ولائيا، وأنّه لم يرد عليه، فإنّ صمت المدعي عليه يعتبر بمثابة قرار بالرفض.

وقد كانت الحجة في المنع من الدخول هو اعتباره حركي وأنّه أدى الخدمة العسكرية في الجيش الفرنسي وبالتالي، فإنّ القرار المتخذ تمّ على أساس متطلبات النظام العام.

---

[1]J. Chevallier, les interprètes du droit, (dir) Paul Amselek, Lire le droit, Edition Bruylant 1995

[2] مجلس الدولة، قرار رقم 052342 المؤرّخ في 2009/10/21.

وقد كانت النتيجة الأهم، في قرار مجلس الدولة هي كمايلي: «**وأنّه بالنتيجة وطبقا للمادة 44 من الدستور التي تنص على أنّه: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن اقامته، وأن ينتقل على التراب الوطني، حق الدخول الى التراب الوطني والخروج منه مضمون له"، يتعين القول إنّه يحق للمدعي التمتع بهذه الحريات الأساسية التي تستمد الى أساس دستوري والتي تكون السلطات التنفيذية مكلفة بوضعها قيد التطبيق**».

يتميز الحل القانوني لهذا القرار، وخاصة هذه الحيثية بالوضوح في الاستناد الى الدستور (المادة 44 منه) والمتعلقة بحرية الدخول والخروج من التراب الوطني، وقد كيفها كحرية أساسية.

ولكن الفقرة الأكثر أهمية هي التي نصها: «(...) **تكون السلطات التنفيذية مكلفة بوضعها قيد التطبيق**» فهي، تضع قاعدة عامة، وهي أنّه يقع على جميع (كل) السلطات الإدارية، التنفيذية مهمة تطبيق ما استند الى الدستور.

فقرارا مجلس الدولة يجتمعان في الزامية التنفيذ من قبل السلطة التنفيذية فيما يتعلق بالحقوق الأساسية، فاذا كان القرار سعيدي يقر ذلك بالنسبة لمراسيم التنفيذية الصادرة عن الحكومة، فان قرار الجزائري المقيم في فرنسا، يعممه على جميع السلطات ولكن ما كان سنده دستورياً، بما يجعل الإدارة العمومية في كل درجاتها ملزمة بتحقيق وتجسيد الدستور في قرارتها الإدارية.

نخلص الى القول بأنّ تجسيد الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة يُشكّل طفرة نوعية في هذا القرار، ونلاحظ مدى الاخذ به واستقراره في التطبيقات القضائية القادمة، ومهما يكن، فقد أصبح سابقة سيكون لها اثار في تفكير القاضي الإداري عموما، وسيحدث ذلك تأثيراً في النظام القانوني للقرارات الإدارية (الباب الثاني–الفصل الثاني).

إنّ تعريف الإدارة بوظيفتها التنفيذية سبق تعريفها العضوي (بالمبدأ) ولكن التعريف الجزائري جعله نتيجة للتعريف القائم على مبدأ الفصل، في قاعدته الثانية وهي توزيع الدستوري لمجالات الاختصاص.

وحيث ظهر لنا العنصر الثاني والمتمثّل في مبدأ ضمانة الحقوق والحريات لتعريف الإدارة (الفصل الثاني).

الفصل الثاني: التعريف بالارتباط بالحريات.

إنّ التعريف العضوي أسهم في تحديدالإدارة العمومية انطلاقا من مبدإ الفصل بين السلطات وبواسطته كمفهوم وظيفي. وقد نص الدستور على مجموعةمن العناصر القانونية التي تسهم في بناء نظام قانوني لها. وقد استخلصنا أنه لا يمكن تعريف الإدارة خارج إطار العلاقات التي تقيمها مع الأفراد والمواطنين.

فتحديد الإدارة الذي نبحث عنه هو الميدان المنبثق من علاقاتها مع المجتمع، والحقيقة أن ذلك أصبح محلّا للبحث والتساؤل الفقهي، نظرا لأنّ التعريف العضوي، بالرغم من بساطته وقوته ونتائجه الجيدة لم يعد يستجيب للواقع التشريعي والتنظيمي، فالتعرف لم يستطع أن يدمج علاقة الإدارة مع الغير (الاقتصاد) عندما تلجأ إلى قواعد القانون الخاص، وخاصة عندما تتدخل الإدارة خارج الإدارة العضوية فتموّل وتساعد وتؤطر هيئات غير إدارية (مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وجمعيات وقطاع خاص).

فرغم ذلك يعترضVedel على تعريف الإدارة بطريقة وظيفية، فهو يذكر أنه "لا يمكن تعريفها كنشاط للمرفق العام أو كنشاط للحفاظ على النظام العام"[1]. ولكن الأمر يتعلق بتجسيد الإدارة لتلك المهام، فالدستوريدرج المفهومين (في الدستور) صراحة في بعض الأحيان،وضمنيا بشكل أساسي.فالدولة مسؤولة على تحقيق الحريات والحقوق والتي وإن اختلفت تصنيفاتها،فهي منوطة بالإدارة،"فيجب التأكيد على أن للدولة واجبات تجاه الأفراد، وأن نشاطها محدّد إيجابيا وسلبيا بالقانون، أي أنه يمنع عليها القيام بأشياء، وتلزم بالقيام بأشياء أخرى."[2*]

ويدعم ذلك ما كتبهLafferiére من أن: "أن تصور (فكرة) القانون الإداري تعتمد على فكرتين أساسيتين: المحافظة على المجتمع، وتنمية المجتمع"[3].

---

[1]J. Vedel. Droit administratif. Op.cit. p 70.

[2]LéonDuguit, Manuel du droit constitutionnel, éditions panthéonassas L .G.D.J Paris 2007.

[*]« Il faut affirmer que l'Etat à des devoirs envers les individus que son action est limité positivement et négativement par le droit, c'est-à-dire qu'il ya des choses qu'il ne peut pas le faire et des choses qu'il est obligé de les faire ».

[3]Laferrière, Cour de droit public et administratif, Paris, Joubert ; 1893 ; cité par Guglielmi, p192 ; «tout le plan du droit administratif, repose sur deux idées fondamentales : la conservation de la société, le développement de la société».

وقد أكد الأستاذPicard: "أن الضبط يعدّ إلى جانب المرفق العمومي، إحدى الأساسين لعرض القانون الإداري"[1*].

وقد ذهب الفقه إلى أنّ أمر التعارض مرفوع بين السلطة العامة والمرفق العام، "...فالأمر لا يتعلق أبدا(...) بشكل أساسي، بالتعارض بين المرفق العام والسلطة العامة(...) ولكن بمجال كل من القانون العام ومجال القانون الخاص المحددة بصفة ضيقة من قبل العميدVedel بواسطة مفهوم "السلطة العامة".

وقد أظهر الفقه المقارن الاهتمامبالتعريف الذي يدرج هذه العلاقة. فقد كتب الفقيه الألمانيSchmidt Assmann: أن "التحديد الذي يهمّنا أكثر، ليس هو ما تعلق بالحدود القائمة بين السلطات العمومية التقليدية للدولة، بل ذلك الذي يفصل التنظيم الذاتي الاجتماعي عن التنظيم الذاتي للدولة، والذي يحيل ليس إلى وظائف الدولة ولكن إلى العلاقة بين الدولة والمجتمع"[2*].

إنّه لا يمكن تصور ذلك التعريف إلا انطلاقا من الدستور الذي يضبط علاقة المجتمع مع الدولة، فالدستور يمنح أساسا قويا وإطاراصحيحا لتحديد ميدان تداخل الإدارة أو مجالها.

إنّ الدستور يضبط تلك العلاقات في إطار دولة القانونالتي هي دولة أولوية الحقوق والحريات. وذلك يوافق توجها قويا حاليا حيث كتب الفقيه الاسباني Gregorio martinez وخاصةعلى مستوى نظرية حقوق الإنسان،فإن نظرية جديدة للقانون العام بدأت في رسم معالمها."[3]

إنّ تعريف الإدارة ينطلق من علاقة الإدارة بالأفراد من خلال حقوقهم وحرياتهم وهي مهمة الضبط الإداري، وكذا تحقيق بعض الحقوق عبر مهمة المرفق العمومي.فالدستور وضع تحديدا دستوريا للنظام العام (المبحث الأول)، وإطار دستوريا للمرفق العام (المبحث الثاني).

---

[1]Picard « que la police est avec le service public, l'une des deux bases de l'exposé du droit administratif. »

[2]Schmidt Assman, p .1431

[*]«La délimitation qui nous intéresse le plus n'est pas celle qui a trait à la f frontière entre les trois pouvoirs classiques de l'Etat, c'est celle qui sépare l'auto-organisation sociale et l'auto-organisation étatique et qui se réfère aux fonctions de L'Etat mais à la relation entre L'Etat et la société. ».

[3]Sabete wagdi, « quelle théorie de la science juridique ? »R.D.P n° :5, 2000 p 1297 ترجمة الطالب

المبحث الأول: التحديد الدستوري للنظام العام:

يرتبط مفهوم الضبط الإداري بمفهوم الإدارة، فقد ارتبط ظهور مفهوم الإدارة بمفهوم الضبط الإداري أساسا كواقع تاريخي وكمحاولة تنظيرية[1].

تكمن أهمية هذا الإبراز للمفهوم في كونه يأخذ مكانته القانونية والنظرية إلى جانب المرفق العام حيث يبرز أهميته وخصوصيته كمكون أساسي لوظيفة الإدارة بل أولويته على مفهوم المرفق العام الذي استغرق كل مجال الاهتمام النظري لمكون وحيد ولمدة طويلة، لمجال القانون الإداري. فقد كان محل إهمال من قبل رجال القانون والاجتهاد القضائي. والحقيقة أن هذا الأمر مسّ الفقه المقارن والجزائري على حد سواء.

إن أهمية الموضوع تصاعدت وتكثفت سواء في فرنسا أو في الجزائر، فقد كتب الاستاذ Vedel أنّه:«(...) من المستحيل في الحقيقة استبعاد مفهوم الانتظام العام على الصعيد النظريوعلى صعيد القانون الوضعي»[2].

وقد تم ظهوره ودسترته عبر مسار بطيء بدأ ببروزهémergenceفي النظام القانوني الجزائري. وقد صاحب ذلك البروز الدسترة "الضمنية" (المطلب الأول) لينتهي إلى تحديد دستوري صريح لمفهومه (المطلب الثاني).

---

[1]Voir, Etienne Picard, la notion de police administrative, L.G.D.J. 1984.

[2]–جورج فودال وبيار دلفولفية، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، 2001، ص 505.

المطلب الأول: دسترة «ضمنية»: بروز مفهوم النظام العام

برز المفهوم متلازما مع الدسترة (الفرع الأول) ليلقي بآثاره على الممارسة التشريعية والإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بروز المفهوم

إنّ أهمية تحديد مفهوم الضبط الإداري يرتبط بتحديد مفهوم الإدارة العمومية.

برز المفهوم عبر الاعتراف بضرورة السلطة التنظيمية فبرز بروزا "جنينيا"ليتكون تدريجيا بالارتباط بمعيار السلطة العامة (الفقرة الأولى) ويتشكل بفضل الدسترة(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ارتباط المفهوم بمفهوم السلطة العامة

لقد ولد مفهوم الضبط الاداريمتلازما مع مفهوم السلطة العامة(1) الذي أدى إلى بروز مفهوم الضبط الإداري(2).

(1) المبدأ: ارتبط ميلاد النظام بوجود القانون أساسا فقد كتبت الأستاذة كوبي جينيفييفKobiGenevièveأنّ:«مسلمة النظام تؤسس للقانون، في إطار الوضعية القانونية المهيمنة»[1]، وبالتالي، وبالنتيجة، فإنّ إقامة هذا النظام يقتضي سلطة تقيمه. فهو بحكم طبيعته، فإن النظام العام الذي يطغى عليه طابعه "المادي والخارجي" كما عبر عنهHauriouيحتاج إدارة فاعلة أكثر مما يحتاج إلى قواعد قانونية تقيمه. ويندرج مفهوم الضبط الإداري أساساً في هذا الإطار.

فقد ظهر مفهوم الضبط الإداري في النصوص القانونية عندما نظمته القوانين[2] والتنظيمات ولكن ذلك تمّ دون أن يكون له أساس في تصور السلطة عبر الاشتراكية كما كُرّست في المواثيق المعروفة المتعلقة بقانون البلدية والولاية والتسيير الاشتراكي للمؤسسات. وعبر دستور 1976.

[1] Koubi Genévrière, Desordres Juridiques, Ordre Public, Ordre Social, Ordre Politique,L'ordre public ou ordres publics? In: "Ordre public et droits fondamentaux", M.J. Redor (dir), Bruylant, Bruxelles, 2001. p251.

[2] قانون البلدية والولاية.

ولقد طغى في هذه الفترة "النظام العام" بالمعنى الواسع أي النظام العام السياسي المتمثل في الاشتراكية التي يجب الدفاع عنها.فقد انتقلت الجزائر من نظام اشتراكي إلى نظام قائم على الحريات وهكذا، «فإنّ مواطن الديمقراطية الليبيرالية تغلب نهائيا في النص، على المناضل العامل في الثورة الاشتراكية»[1].

والحقيقة أن المفهوم بقي متداخلا مع مفهوم السلطة العامة وقد يختزل فيها[2].

وهو ما نلاحظه سواء في الدراسات المقارنة[3]،وفي الجزائر. بل إنّه كان يستوعبه ويخفيه عن التفكير القانوني، كموضوعمستقل، والحقيقة أن هذا التداخل ازداد وتعمّق على مستوى ثانكما لاحظ رجال القانون في تداخل مفهوم المرفق العام مع السلطة العامة، فقد استوعبه المرفق العام. وكان ذلك بسبب المرور من الدولة الحارسة إلى دولة الرعاية، والذي رافقه التساؤل عن حدود المرفق العام في ظل جمهورية قائمة على تقديس الحريات والحرية الاقتصادية أساسا.

لقد تغذى النقاش من مواقف المؤسسين الأوائل فقد كتب Hauriou أن:«المرفق العام هو تنظيم عمومي للسلطات، والاختصاصات، (...) يؤدي وظيفة محددة في إطار مهمة ضبط، بالمعنى الأسمى للكلمة»[4].

وقد أظهرت الأستاذة Picardهذا التداخل سواء مع مفهوم السلطة العامة أو تداخلها مع مفهوم المرفق العام[5].

فهيتؤكد على أنّ هذا الخلط مقصود ويهدف إلى توسيع سلطة الإدارة بواسطة معيار المرفق العام الذي هو معيار مطاط على عكس معيار الضبط فهو قاصر وغير كافي لتحقيق ذلك الهدف.

ومهما يكن وكخلاصة لهذا النقاش، فإنّ رأي هوريويبدو قويٌّ حيث نستنتج من رأيه أنّ المرفق العام في الحقيقة هو امتداد للضبط الإداري.

---

[1]J.L.Lajoie, La troisième Constitution Algérienne, L'abandon de la référence sociale ou le militant travailleur, R.D.P, 1989,P.1305-1309.

[2]Vincent Tehen, police administrative, théorie générale, Juris-classeur. Droit administratif fascicule 200, Année, 2007.

[3]Jacques moreau, police administrative, théorie générale, Juris-classeur. Droit administratif fascicule 200, Année, 1971.

[4]Cite par rainand, crise de service public, p 20.

[5]E, Picard, la notion de police administrative.

وبالتالي فإنّ المرفق العام يُعدّ استثنائيا ضمنيا. بالنسبة للضبط الإداري الذي يُعدّ المبدأ في النشاط الإدارة.

وهو الرأي الذي يؤكده الأستاذ Didier Linotte، حيث ينكر الأستاذ وجود ضبط إداري كمفهوم قانوني مستقل[1]في رسالته[2]، فهو ينطلق من "أن كل النشاط الإداري منسجمhomogène ويتمثل في الضبط"[3].

يخلص الأستاذ Rainaud إلى أنّ:"الضبط، هو النواة الصلبة للمرفق العام"[4]، ويضيف تعليقا على تطورات الاجتهاد القضائي التي كتب عنها moreau[5] أن معظم القرارات الأولى لمجلس الدولة الفرنسي كقرار therond[6] تتعلق بموضوع الأمن والنظافة العموميين، فيؤكد على أن:"الضبط الإداري هو الاختصاص الحصري للسلطات العمومية فالضبط يوجد في جميع الحالات، في حين أن الحق في المرفق العام يعد احتمالياaléatoire"[7].

والحقيقة أنّ مفهوم الضبط كان المبّرر الأساسي للامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، والتي غالب ما نسبت للمرفق العام.

إن تدريس كثير من مفاهيم القانون الإداري وإعطاءها مكانتها القانونية والنظرية يعاني كثير من القصور الذي مس تماسك المادة وخاصة في عرضها وفق للتقلبات الكثيرة والكثيفة والسريعة، ولقد أدى ذلك إلى عدم تحديد جيد للمفاهيم والأنظمة القانونية وخاصة ما تعلق منها بامتيازات السلطة العامة كنواة للنظام القانوني للإدارة.

وقد كان من نتائجه إهمال مفهوم الضبط الإداري كمفهوم أساسي في القانون الإداري من حيث تحديد مجاله خاصة وقد علق الأستاذ Debbasches على ذلك بأن كتب:«لقد تم التأكيد بقوة على

[1]L'unité fondamentale de l'action administrative, ou "l'inexistence de la police administrative en tant que catégorie juridique autonome". in collection de droit public. Economica, P.U.A.M, 1985, p11.
[2]D. Linotte,Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français.
[3]Ibidem, p11.
[4]P.23, "la police noyau dur du service public".
[5]Moreau, J, classeur nº 200, 1971, p
[6]E.E, therond, GA, JA, 1995.
[7]Rainaud, P.24." L'ordre public est affaire exclusive des pourvoir publics et la police existe dans tous les cas, alors que le service public est aléatoire".

اقتصار الإدارة على امتيازات غير محددة جيدا وتتغير بحكم الظروف التشريعية والتنظيمية، فأدّى إلى نسيان أهم ما يبررها، وهي المرافق العمومية المتعلقة بالسلطة العمومية»[1].

وأكدت الأستاذةPicard في أطروحتها على ارتباط مفهوم الضبط بامتيازات السلطة العامة، ودعت إلى أن تهتم النظرية القانونية بذلك فكتبت أنه: «يجب على النظرية القانونية أن ينصب اهتمامها على الوسائل المستعملة لبلوغ الهدف(أي الضبط الإداري)، امتيازات السلطة العامة»[2].وهو ما جعلهاتعرف الضبط الإداري من هذا المنظار بقولها:«بمعنى إجمالي فإن الضبط يفهم حاليا على أنّه كل نشاط عمومي إكراهي، أو جميع وسائل السلطة العامة»[3][*].

وفي الجزائر فإن تكريس المعيار العضوي الذي هو أثر لتكريس فكرة السلطة العامة فهي التي تحكم القانون الإداري واختصاص القاضي الإداري وهي تطبع خصوصيته وليس المرفق العام[4].

إن هذه الفكرة التي يؤكدها الأستاذ بوسماح، ميزت الفترة التي سبقت إصلاح 1988 (استقلالية المؤسسات)، وهي تؤكد على الاندماج والتداخل بين المرفق العام والسلطة العامة عندما ذكر الأستاذ أن المرفق العام:«يغطي فعلا وبشكل أساسي المرافق العامة العضوية»[5].

وقد كان مفهوم السلطة العامة مندمجا مع المرفق العام، وإن كانت السلطة العامة هي التي تبرر لمجال المرفق العام.

ولم يظهر المفهوم بصفة مستقلة إلا مع انطلاق الإصلاح سنة 1988 وظهور دستور 1989. والحقيقة أن الإصلاح مس نواة الدولة في مركزها القانوني وفي دورها[6].

فقد أصبح الهدف التمييز بين الدولة كسلطة عمومية والسلطة كما لك[7].

---

[1]Debbasches (Charles), le droit Administratif, droit dérogatoire ? In : Mélanges Chapus, 1992.
[2]Picard, op.cit
[3]Picard, p 24.
[*] "a force d'avoir réduit l'administration a des prérogatives mal délimites et se promenant au gré des contingences législatives et réglementaires,…, on a oublie ce qui les justifie au plus haut degré, les services publics de puissance publique".
[4]Boussoumah, la notion juridique du service public.
[5]Ibid, p384.
[6] Allouache, laggoune, la révision constitutionnelle : enjeux et réalités, R.A.S.J.E.P, 1990.
[7]Les cahiers de la réforme. ENAG .1988

وبذلك فقد انتقلنا في الجزائر من نظام قائم على:"نمط من الدولة لا تميز بين سلطاتها كمالك وتلك التي تمارسها كسلطة عمومية"[1]. على تكريس التمييز الواضح في دستور 1989.

والحقيقة التي يجب تأكيدها هي أنّ الإصلاح الاقتصادي ونواته استقلالية المؤسسة الاقتصادية العمومية كانت المنطلق والتجسيد الأول لهذا التوجه[2].ويعد ذلك تثمينا لفكرة السلطة العامة

إن بروز السلطة العامة جاء على أنقاض مفهوم المرفق العام رغم احتوائها في كنف هذا المفهوم القوي الحضور سواء في الخطاب السياسي أوالقانوني[3].

وأعتقد أن وظيفة هذا المصطلح في مستوى أول هي: استقلالية الاقتصاد عن الدولة كمرحلة أولى، والذي من نتائجه خروج المرفق العام من القطاع الاقتصادي.

وأمّا على مستوى ثان، فإن وظيفته هي استقلالية الدولة، وهو الرهان الأساسي.

إنّ ذلك كان الشرط الأساسي للتصور الجديد للدولة. فهي الدولة المنعتقة من ربقة الاشتراكية، لتنبثق دولة القانون.

إنّالاختيار الاشتراكي الذي أطيح به وتم الحط من شأنه كان مكرسا دستوريا في دستور 22 نوفمبر 1976 حيث كان أساس النظام القانوني ماديا وشكليا[4].

وقد عُدّ دستور 1976 كدستور برنامج، فهو مدان بسبب جموده. وقد استبدل بدستور قانون[5]. فاعتبر ذلك شرطا للمرور إلى دولة القانون.

لقد تدافعت المفاهيم وتضافرت لخلق خطاب سياسي وقانوني يؤسس لليبيرالية الاقتصادية ابتداء لتتمحور مهام الدولة حول مهام السلطة العامة. تلك المهام التي ترتبط بتصور ليبرالي لعلاقة الدولة بالمجتمع، فهي تقوم على تقليص مهام الدولة لصالح الأفراد عبر منحهم الحقوق والحريات.

---

[1]Allouache, Laggoune, op.cit. p17.
[2]Mohamed, Brahimi, quelque questions à la réforme de l'entreprise publique, loi88-01, n° : 1 R.A.S.J.E.P, 1989, p 89
[3]Boussoumah, op.cit.
[4]M.Brahmi, les filiations de la constitution de 1976. R.A.S.J.E.P.3/4.1988. P.609-676.
[5]Elhadi Chalabi, les métamorphoses de la révision, Revue NAQD 2, 1990.

إن فكرة السلطة العامة، كما هو الحال في النظام الفرنسي، برزت لتبرير استعمال وسائل الإكراه المادي أي الشرطة، وأيضا تلازمت مع ضرورة الاعتراف للإدارة بالسلطة التنظيمية. فالسلطة العامة والسلطة التنظيمية صنوان متلازمان.

إنّ ذلك شرط لتبرير سلطة الضبط الضرورية للإدارة.

(2) ونتج عنها بروز مفهوم الضبط الإداريوالحقيقة أن الفقه الفرنسي قد اكتشف أصل هذه السلطة التنظيمية في علاقتها بموضوع الضبط الإداري، حيث أن ضرورة تطبيق القوانين اقتضت أن تتولى الضابطة تكملة التدابير (التنظيمية). وقد كان ميدانها المفضل تطبيق القانون الجنائي. وهي تملك تفويضاً شاملا بتطبيق جميع القوانين.

فعلى أساس سلطة الضابطة، فالإدارة سلطة تنظيمية ضرورية للتطبيق فهي:«تراقب التنفيذ (...)، واعتراض كل ما هو مخالف للقوانين، والتنظيمات والمصالح العامة أو الخاصة، للآداب أو الأمن العمومي»[1].كما كتب Block.

فالضابطة lapolice كانت ضرورة لتطبيق القوانين وكما كتب Vivien، محافظ شرطة باريس "تجد القوانين القمعية المكمل الضروري لها للإجراءات المتمثلة خصوصا في الضابطة العمومية"[2].

والحقيقة أنّ المعنى لا ينصرف إلى المفهوم الضيق للضابطة فالأمر يتعلق بالإكراه عموما.

إنّ بروز هذا المفهوم ولّد ومَنَحَ قوةً وأساساً لبروز مفهوم الضابطة، فكأنه يؤسس للإدارة كمفهوم في النظام الجزائري متلازما مع التصور الجديد لدور الإدارة والدولة عموما.

فقد تلازم ميلاد وظهور وقوة الضابطة بمفهوم الإدارة، فقد كتبGulgielmiأنهما يكاد أن يتطابقا ف:«يوجد ميدان مفضل للاندماج بين مفهوم الإدارة العمومية والضبط: هو ميدان الضبط الإداري»[3].

---

[1]block (m). Dictionnaire de l'administration française, paris, librairie administrative, vue berger-lerrault, 1856. p 14-15, cite par Guglielmi, op.cit, p197.

[2]vivien, etudes administratives, paris, Guglielmi, t II 1859, p114, cité parGuglielmi, p197.«les lois répressives ont pour complément nécessaires les mesures qui constituent plus spécialement la police publique»

[3]Guglielmi, ibid, p194.

إنّ هذه المقولة هي ما اقتضته ملاحظات الباحث فهي تعبير عن واقع قانوني الذي لا يخفي التصور المنبثق من الفلسفة السياسية التي تؤسسه.

إنّ صلة الضبط الإداري بالسلطة التنظيمية المستقلة نجدها في تأسيس مرسوم حالة الطوارئ رقم 92-44 على المواد:86 و116-1.

فأمّا المادة 86 فهي تتعلق بحالتي الحصار والطوارئ.

وأمّا المادة 116-1 فتتعلق بالسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية فهو يكشف لنا الأساس الدستوري لاختصاص رئيس الجمهورية، فالصلة قائمة وهي غير مفترضة.

وقد عاود هذا التلازم الظهور بين الإدارة ومهمة الضبط ولكن على أساس جديد، ألا وهو مفهوم دولة القانون، دولة أولوية الحقوق على السلطة.

«فهذه الحقوق هي التي تمنح الدولة امتيازات السلطة العامة، لتكون في حمايتها، ومجازاتها، ورسم حدودها، والتي من بينها النظام العام»[1].

إنّ العودة إلى مفهوم السلطة العامة هو تكريس لمفهوم الضبط الإداري، فإن كانا لا يتطابقان، فإن هذا الأخير يعد "النواة الصلبة" لها. وهو تلازم زمني مع عودة التصورات الليبيرالية من جديد وتقهقر دولة الرعاية الاجتماعية، فهذا التصور يحمل في طياته، ويتضمن بالضرورة قصر وظيفة الإدارة سلبيا بأن تمنع تمددها بما يمس الحريات والحرية الاقتصادية أساسا.

وقد فسرت الآن إيجابيا بضرورة استعمال السلطة العامة لحماية الحقوق الأساسية.

وفي الجزائر، فإنّ بذور هذا التصور جاءت في دراسة وزارة الداخلية حول:"البيروقراطية، مظاهر ورهانات" التي أشارت إلى:"...انسحاب الدولة التدريجي من الاختصاصات التي لا تعود إليها طبيعيا..." والتي علق عليها الأستاذ بوسماح بأن لاحظ:«أن الدراسة تجاوزت مجالها لتتدخل في المجال الأيديولوجي عندما صرح ضمنيا من أجل تغيير طبيعة الدولة، لتتحول من دولة اشتراكية إلى دولة ليبيرالية»[2].

---

[1]j.pierre Chevènement, difficultés et légitimité de la contrainte, A.J.D.A. numéro spécial, puissance publique ou impuissance publique ? 20 juillet 1999, pp 8.
[2] M.L. Boussoumah, essai sur la notion juridique du service public, RAS. J.E.P, n°2, 1992.

إن تكريس السلطة العامة في الجزائر جاءت على فترات، وإن تسارعت الأحداث، فقد انطلق الأمر من اصلاح المؤسسة العمومية لينتهي إلى دستور 23فبراير1989.

يبدو منطقيا، أنّ يكرّس ذلك التصوّر الجديد دستوريا بالنظر الى الرهان الذي يمثله الموضوع للسلطات العمومية.

الفقرة الثانية: التشكل بفضل الدسترة

إنّ دستور 1989 أوجد شروط بروز تشكل مفهوم "النظام العام" فرسم الإطار الدستوري العام (1)، وليحدد عناصره عبر تنظيم الحالات الاستثنائية (2).

(1) الإطار الدستوري العام:«إنّ وجود ضبط إداري، (...)،يقتضي اجتماع شرطين أساسيين نظام الفصل بين السلطات ومبدأ الشرعية»[1].

لقد لاحظنا أنّ تغير فلسفة النظام الجديد القائمة على مبدأ دولة القانون[2] جعلت من تنظيم الدولة يقوم على أساس التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية (المادة14).ليتكرس، خاصة،في مبدأ الفصل بين السلطات المؤسس من قبل المجلس الدستوري بالتكريس، في عدة قرارات وهذا يظهر من خلال منح المجلس الشعبي الوطني الصلاحيات المتعلقة عموما بالحقوق والحريات الأساسية، وبالتالي فهو المختص بـ:"(...)،نظام الحريات الفردية"(المادة 115 من دستور 23فبراير1989)،ويفترض على هذا الأساس نظام حمايتها والقيود الواردة عليها هي من اختصاص المشرع، وبالتالي فإن ما تعلق بالضبط الإداري يعتبر اختصاص يعود له بالضرورة، كنظام لتقييد تلك الحريات والحقوق الدستورية.

إنّ ذلك يورد قيودا على المشرع والإدارة معا.

إنّ ذلك يظهر ويتجسد من خلال اختصاص المشرع بتحديد سلطة الضابطة الإدارية، عبر أهم نصين وهما قانونا البلدية والولاية[3].

---

[1]Moreau Jacques, polices administratives, théorie générale, j.classeur droit administrative, fasc.200, p4, 1971"L'existence d'une police administrative, (…), implique la réunion de deux conditions essentielles".

[2]Mahiou (Ahmed), rapport introductif au colloque sur l'Etat de droit, A.A.N. 1996.

[3]المادة 94 من قانون البلدية رقم 11-10.

وقد كان أول نص تشريعي يتناول موضوع الضبط الإداري، خارج نصي قانوني البلدية والولاية، هو القانون رقم 91-23 الصادر بتاريخ 6 ديسمبر 1991[1]، والمعدل بأمر 23 فبراير 2011[2].

فهو يمنح رئيس الحكومة صلاحية تتعلق بالضبط الإداري، وبذلك فهو يستفيد من أساس تشريعي، ويبدو ذلك الاختصاص تكملة لاختصاصات الوالي، بالخصوص.

غير أنّ ذلك يبدو منطقيا حيث أنّ السلطات المركزية لم تستفد من تحديد دستوري أو تشريعي لسلطتها الضبطية الإدارية، ولكن النص المشار إليه يسمح باستنتاج صلاحيات للسلطة المركزية (الحكومية).

ورغم أنّ النظام الفرنسي قد اعترف في مرحلة أولى باختصاص الإدارة عبر رئيس الجمهورية في قراري la bonne وHieryes[3]. ليجد له أسسا دستورية في المواد 21 و37 من دستور 1958، ففي قرار حديث قرر أنّ اختصاص المشرع وفقا للمادة 34 من الدستور بالضمانات المتعلقة بالحريات العامة:«لم يسحب من رئيس الحكومة اختصاصات الضبط الإداري العام التي كان يمارسها سابقا»[4].

وقياسا على ذلك، فيمكن تأسيس اختصاص الإدارة الجزائرية بالضبط الإداري، وإن كان الأمر لم يثر إشكالية تذكر، وخاصة في حالة نزاع قضائي فلم تتح للقاضي الإداري فرصة طرح الإشكالية أمامه أو من قبله، ولكن الأمر قد يجد اعتراضا وجيها بحكم التطورات الدستورية التي جاء بها التعديل الدستوري لـ 28نوفمبر 1996.

وإنّ القياس الحقيقي لمعرفة ذلك هو تحديد المشرع لممثلي السلطة التنفيذية كسلطة مكلفة بالضبط الإداري وهما: الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي كممثل للدولة.

---

[1] قانون رقم 91-23 مؤرخ في 29 جمادى الأولى عام 1412 الموافق لـ 6 ديسمبر سنة 1991 يتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد: 63.

[2] أمر رقم 11-03 مؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1423 الموافق 23 فبراير سنة 2011، يعدل ويتمم القانون رقم 91-23 المؤرخ في 6 ديسمبر 1991 المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، عدد: 12.

[3] C.E.1919, la Bonne, G.A.J.A. édition. 1995, Hieryes.

[4] C.E. 19mars2007 Mme le GAC et autres, chronique de jurisprudence, droit administratif et droit constitutionnel, sous la dir. de F.M SOUCRAMANIEN. RFDA.2007, P.1283.

إنّ المفهوم موجود وجودا تشريعيا، حتى في ظل دستور 1976، وذلك في ظل شرعية "تقليدية"، فلم يعان من أي غموض في النصوص التشريعية ولا في الاجتهاد القضائي.

فشروط "بروزه" بالمعنى الذي قدمه الأستاذ Jacques Moreauكمكونات لدولة وقانون أو كدولة شرعية Etat légal موجودة في ظل "نظام عام اشتراكي" مدستر، فهذا التواجد "الجنيني" يؤكد تعايش المفاهيم"الليبيرالية" مع المفاهيم الاشتراكية.

فالنصوص التشريعية المتعلقة بالبلدية والولاية تتضمن هذه الأصناف "الليبيرالية" المتعلقة بحماية الحقوق والحريات[1].

فالحقيقة إن مفهوم النظام العام بالمعنى الكلاسيكي مستوعب من قبل جميع رجال القانون سواء في دروسهم[2] أو في بحوثهم.

وقد كان اجتهاد القضاء الإداري يندرج في إطار إشكالية احترام الشرعية خاصة. ففي قضية شرقي ضد وزير الداخلية ذكر قاضي الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة[3] (الحيثية التالية)[4]:«حيث أنه إذا كان الاختصاص بالنظام والأمن يعود إلى السلطة التقديرية للإدارة، فإن هذه السلطة لا تمارس إلا بمقتضى نص صريح أو بمقتضى المبدأ العام الذي يحمل الدولة ضمان السير الحسن للمرافق العامة: حيث أن هذه السلطة تمارس، في إطار القوانين، وتحت رقابة القاضي ويجب أن لا يؤدي إلى خرق المبادئ الأساسية المتعلقة بالحرية الفردية».

تبدو هذه الحيثية كعصارة عناصر مفهوم النظام العام، فهي تعرفه وتضعه في إطاره الطبيعي وهي علاقته بالحريات.

إنّ ما نستخلصه عموما، هو حضور مفهوم النظام العام كمفهوم محايث للحقوق والحريات، وأنّ نشاط الإدارة الضبطي مقيد فلا يتم إلا على أساس من القانون ويخضع لرقابة القضاء.

---

[1]المواد في أمر 67 المتعلقة بالبلدية.

[2]المواد في أمر 69 المتعلق بالولاية.

[3] بحوث قليلة حول الضبط البلدي، مذكرة ماجيستير للأستاذ عمور سلامي.

[4]قضية شرقي ضد وزير الداخلية، قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 1983/11/30، منشور في مذكرة ماجستير حول اجتهاد الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة.

نستخلص من ذلك كله أن التشريع والقضاء حتى في ظل دستور 1976 يكرسان مفهوما واضحا لا لبس يشوبه رغم الإطار الدستوري الذي لا يعتد بالحريات الفردية كأساس للنظام العام، فالنص الدستوري يجعل الوظيفة القضائية: «**تضمن للجميع ولكل واحد، المحافظة المشروعة على حرياتهم الأساسية**» (المادة 146)، وفي نفس الوقت: «**يساهم (...) في الدفاع عن مكتسبات الثورة الاشتراكية وحماية مصالحها**» (المادة 166).

إن الانتقال إلى نظام دستوري جديد قائم على الحريات يخلق الشروط السياسية والقانونية للانتقال النهائي إلى"نظام عام جديد" يكرس التصور الفرداني الذي توجد بذوره في التشريع والاجتهاد القضائي كما رأينا.

إن تلك الشروط السياسية التي ذكرها J. Moreau أضحت متوفرة بحلول النظام الجديد المنبثق من دستور فبراير 1989. فبعد ما كانت موجودة بصفة "ضمنية"و"وجنينية"و"جزئية" فهي قد أصبحت مكرسة بشكل صريح وكامل.بل إن النظام العام الجديد ينبثق خاصة مع تصور دولة القانون كدولة أولوية الحقوق والحريات.

والحقيقة، أن الدستور قد وفر الإطار العام لذلكلقد تم تبنّي ذلك التصور القائم على الفصل بين السلطات، وتدعم بدعامة جديدة وهي: ضمانة الحقوق الأساسية.

لقد ترجم ذلك بمنح المشرع الاختصاص بـ:"بنظام الحريات العامة، وضمانة الحريات الفردية...". فالأصل أن يعود الضبط إلى اختصاصه كضمان وكحد للحريات.

والحقيقة، أن المؤسس الدستوري لم يحدد النظام العام سواء فيما يتعلق بالمختص به أو ما تعلق بتعريفه من حيث عناصره، ولكنه ونظرا لخطورة سلطة الضبط على الحريات فقد نظم المؤسس في صلب النص الدستوري حالات الظروف الاستثنائية، وكذا اجتهادات المجلس الدستوري فقد أسهم ذلك في ضبط مفهوم النظام العام عبر تحديده.

(2) التحديد الدستوري لعناصر النظام العام:أسهم الدستور، سواء في وثيقة 22نوفمبر 1976 وكذا في دستور 23 فبراير 1989 في وضع إطار يسمح بتحديد بعض عناصره عبر نظام الحالات الاستثنائية.

إن النص الدستوري حدد نظامين للحالات الاستثنائية في دستور 76 (المادة 86) ودستور 1989 (المادة 91) لتعديلاته.

إنّ النص يشير إلى اصطلاح "استتباب الوضع" والتساؤل الذي يثور حول معنى الوضع، فهل يقصد به الوضع الأمني أم هو "الوضع العام".

إن الاصطلاح يجعل المفهوم أو ميدان أو عناصر النظام العام قابلة للتوسع أو التمدد بحكم الصياغة الفضفاضة لمصطلح "استتباب الوضع".

فإذا كان النص قد حدد شروط اللجوء إلى الحالتين، فإنه بالمقابل لم يحدد عناصرهما.

وقد يفهم أن التحديد الدقيق لتلك العناصر سيتم في إطار القانون العضوي المنصوص عليه في المادة 92.

وقد يفهم أنّ اصطلاح "الوضع" يقصد به ضمنيا النظام العام.

ذلك أنّه قد تم استعمال هاتين الحالتين من قبل في أكتوبر 1988(في ظل دستور 1976) وفي جوان 1991 (في ظل دستور1989). وكان الأمر يتعلق بإعادة النظام والأمن. وقد تم رفعها في آجال قصيرة نسبيا، بعد عودة الهدوء والطمأنينة والأمن.

ويتأتى لنا هذا الفهم عبر الأهداف الضمنية التي لا تخرج عن أهداف الأمن بشكل عام، ولكن بمفهوم أوسع، ذلك أن متطلبات الأمن مقتضى عادي يتكفل بها بالسبل العادية أي الوسائل من خلال السلطات الإدارية عموما.

إنّ مصطلح "الوضع" يحيل إلى حالة واقعيةsens concretفهو مصطلح يبتعد عن التحديد. ويحيل إلى معنى نظام عام مضطرب ظرفيا، فيجب أن يستتب Rétablissement.

يفهم من هذا الوضع أنّه حالة تُترك أمر تقديرها إلى السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية. فهي حالة واقعية، فلم يحدد المؤسس الدستوري حالات معينة بالمساس بالنظام العام تقتضي تدخل الإدارة.

لقد منح السلطة التنفيذية (الإدارة) حق اللجوء إلى استعمال سلطاتها (الحصار والطوارئ):"إذا دعت الضرورة الملحةnécessite impérieuse".

إنّ ذلك يمنح السلطة التنفيذية سلطة تقديرية في تقدير "النظام العام" أي في تحديده وتحديد عناصره. وإن كان المؤسس في الحقيقة منح للسلطة التشريعية حق تنظيمها بحكم مساسها بالحقوق والحريات.

والحقيقة أنه وبواسطة القانونين (العضوي والعادي)، أراد تحديد وتأطير سلطة الإدارة تشريعيا

ويعد ذلك إسهاما في التحديد، فهو تحديد نسبي يقلص من سلطة الإدارة.

وإن النص على أن يتم ذلك عبر قانون عضوي هو "دسترة" تهتم بتكملة وتدقيق عناصر النظام القانوني. وإن عدم صدوره لا ينقص من فكرة أن ذلك نوع من التحديد "الشكلي" لمضمون النظام العام.

ومهما يكن فإنّ ما يفهم، على مستوى النص الدستوري أن المادة 91 تعتبر خطابا موجها للسلطة التنفيذية فهي مكلفة"باستتباب الوضع". وهذا يظهر لنا جانبا واقعيا concret وهي تصف الحالة التي يجب أن يكون عليها الوضع. فالأمر يقتضي من الإدارة استرجاع الأمن والطمأنينة التي كانت. فهي ملزمة باستعمال سلطتها في حالة "الضرورة الملحة" والتي تقتضي عادة "التضييق على الحريات والحقوق. وإن ذلك قد يؤدي في الممارسة إلى تضيقات شديدة إذا لم يتدخل المجلس الدستوري والمشرع. لأن ذلك يعود لهم بحكم المادة 1/122 التي تحدد: "...، نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية..." وبمقتضي المواد: 24 و92 من الدستور.

ويذكر المؤلف الفرنسي[1] عن Denquin أن:«الضرورات الواقعية تحسم القضايا المبدئية دون أن تطرحها...». فكذلك أمر الضبط العام الذي ذكر أنه "مادي وخارجي" أساسا كما عبر عنه Hauriou، فيعود أمره بالضرورة للإدارة.

فصاحب هذا الاختصاص، هو بلا شك السلطة التنفيذية، وهو يَلْقى إجماعا لدى رجال القانون في الظروف العادية وخاصة في الظروف الاستثنائية وذلك بحكم "الضرورة".

[1]Christophe Vimbert, L'ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, R.D.P, 1994. p.711

فجميع الدول تتوفر على تشريعات لتتحصن بها تحسبا لأي عمل يمس أمنها واستقرارها، وخاصة في الظروف الاستثنائية ولكن ذلك يمثل كذلك خطراً على الحقوق والحريات، فهو مجال خصب لزرع بذور التسلُّط، لما تحمله هذه الأنظمة القانونية من تضييقات على الحقوق والحريات. ولهذا فإن الدستور قرر نظاما خاصا يمكن إقامته من قبل رئيس الجمهورية. فهو استثنائي ولا يستعمل إلا في حالة "الضرورة الملحة"، ففكرة الضرورة تبدو مستقلة غير مقيدة، يعود أمر تقديرها إلى الإدارة. ولكن تبريرها لجعلها مطلقة مرفوض، فهي مجرد حالة عابرة. فلا توجد نظرية قانونية للضرورة، فالأصل أن القانون أسمى وهو الذي يعلو على كل ضرورة والتي يمكن أن تؤدي إلى:«تفوق مؤقت للوقائع على هذا التوقع الإنساني الكبير والمتمثل في الدستور»[1].

فمهما يكن فإن القانون، يحكم عبر النظام القانوني الذي يقيمه الدستور، من حيث وضعه لشروط لإقامة هذه الأنظمة والضمانات الشكلية عبر إجراءات الاستشارة، وخاصة بتحديد هدفها وهو "استتباب الوضع".

إنّ النص الدستوري المتعلق بالحالات الاستثنائية لا يحدد عناصر النظام العام تحديدا دقيقا وواضحا.

ويمكن استنتاج التحديد الضمني عبر الحالتين الاستثنائيتين المحددة دستورا. فالنص عليهما، بهدف استبعاد التخوف منهما حيث كتبDuguit أنه:«إذا سمحنا باستثناء واحد على مبدأ الشرعية، فقد لا نعلم الوجهة التي نتجهها، فإذا توفرت بعض الشروط، فيمكن الوصول بسهولة إلى الاستبداد»[2].

والحقيقة، أنّ فكرة "الضرورة" موجودة في النص الدستوري والتي كما ذكرنا يعود أمر تقديرها إلى السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية)، وكذلك هي موجودة في اجتهاد المجلس الدستوري عندما تحدث عن "التضييقات الضرورية" للحفاظ على الحريات وتحديدها.فهنا فإن المختص بإيرادها هو المشرع.

---

[1]Barthelemy. Tp. Duez. Traite de droit constitutionnel...."supériorité momentané des faits sur cette grande prévision humaine qui est la constitution" p.

[2]l.Duguit, traite de droit, constitutionnel.

"si l'on fait une seul exception au principe de l'égalité matérielle, on ne sait pas on ce la peut nous conduire, et si certaines circonstances se présentent, on peut facilement arrive au despotismes".

إنّ المؤسس الدستوري قلّص وأطّر سلطة الإدارة فالضرورة التي تقتضي "التضييقات" مشروطة بإقامة النظام العام من جهة ومن جهة أخرى فهي منوطة بالمشرع.

إنّ عدم التحديد يعود لكون أن المؤسس استعمل اصطلاح "استتباب الوضع" على أنه: استتباب الوضع الأمني.

ومن جهة أخرى، فإنه يعتبره مفهوماً معلوماً، فهو يستدعيه ويستعمله كأنه مفهوم واضح، وبالتالي لا حاجة لتدقيقه.

إنّ هذه الدسترة "الجزئية" لعناصر النظام العام، تبدو منطقية، فنحن حاولنا اكتشاف عناصره المادية بصفة "ضمنية"، وهو ما لم يتأت لنا بحكم الصياغة "الفضفاضة" للمادة 91 من دستور 1996.

ولكن الممارسة التشريعيةوالإدارية والاجتهاد القضائي المتأثر بالدستور ستوضح لنا وتحدد بطريقة دقيقة مفهوم "النظام العام الجديد" وعناصره المادية (الفرعالثاني).

الفرعالثاني: تأثير الدستور.

تظهر الدسترة من خلال أخذ السلطات العمومية بالمعايير الدستورية بتبني المفاهيم الشكلية أو المادية[1].فقد تأثر القاضي الإداري بالمعايير الدستورية في تحديده لمفهوم النظام العام (الفقرة الاولى) لينتهي بدسترة عناصره صراحة بعد مسار (الفقرة الثاني).

الفقرة الأولى: تأثير القاضي الاداري:

لقد سبق للقاضي الإداري البت في قضايا تتعلق بالنظام العام بالمعنى الضيق والتقني له[2] وقد كان القاضي يبت فيها وفقا للقانون (المادة 138 من دستور 1989 والمادة 147 من دستور 1996) "فالقاضي لا يخضع إلا للقانون".

فقد كان تعرض إلى نظرية الظروف الاستثنائية في قضية S.A.I.D ضد والي الجزائر.

[1]Favoreu (louis), La constitutionnalisation du droit, grille de lecture in : constitutionnalisation des différents branches du droit P.U.A.M. aix en provrence"

[2]قضية خبال عبد الحميد ضد رئيس بلدية عين البنيان، لها أبعاد ترتبط بمفهوم دور الدولة.

ولكن جرأة "القاضي الإداري" في قضية عثمان محمد ضد وزير الداخلية والفلاحة تعد مفاجأة قانونية سارة، بالنظر إلى الأبعاد القانونية والنظرية، فهي تتعدى أثرها القضائي الممثل في إلغاء قرار اتخذ منذ 26 سنة. وقد تكفل رجال القانون بالتعليق عليه من حيث خرق شروط رفع الدعوى وأثرها على نظام دعوى الإلغاء[1].

تتلخص وقائع القضية فيما يلي:

كان السيد عثمان محمد مالكا لقطعة أرض فلاحية، وقد تم حبسه من تاريخ 1964.05.30 إلى غاية 1965.07.08 بسبب انتمائه ونشاطه في حزب جبهة القوى الاشتراكية وأطلق سراحه بدون محاكمة، وفي أثناء ذلك أصدر والي ولاية الجزائر قرار في 1964 بالوضع تحت الحماية للقطعة الفلاحية ملك السيد عثمان.

بتاريخ 1990.06.03 (أي بعد 26 سنة) من صدور قرار والي الجزائر، رفع دعوى إلغاء أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا طالبا إلغاء قرار والي الجزائر الصادر بتاريخ 1964.05.30.

قضت الغرفة الإدارية بقبول الدعوى شكلا وبإلغاء القرار في المضمون.

إن ما يهمنا في هذا القرار هو ما تعلق بمفهوم "النظام العام".

في حيثيته يذكر القاضي:"أن مفهوم النظام العام هو مفهوم نسبي ويتطور تاريخيا في الزمان وفي المكان، وأنه من الواضح أن المساس بالنظام العام يقدر بالمعايير السائدة في 1963".

ويضيف في الحيثية الموالية:"أنه في قضية الحال، فإن الانتماء لحزب سياسي لا يعد مساس بالنظام العام"

وبالتالي فإنه كقاضي شرعية عليه بالحكم على:"اعتبار استرجاع الملك يعد حقا وذلك وفقا للنظام العام الجديد".

[1]Voir note Rachid Khloufi, la notion d'ordre public et le contrôle du juge d'excès de pouvoir, la lettre juridique, année 1994.

إنّ هذا القرار القضائي الذي يعد اجتهادا قضائيا لا نجد له مثيلا في جرأته وأثاره والتي تتجاوز اعتباره كسبب من أسباب عدم الشرعية التي تستدعي الإلغاء[1].

إنه يحدد مفاهيم قوية فهو يعلن عن ميلاد "نظام عام جديد" على أساس دستوري جديد.

فقد استقر الفقه على وصف وتكييف النظام العام على أنه مفهوم غير دقيق[2]، وغير ثابت. فهو متغير بحسب الوقائع والظروف والظرف الاجتماعي، والقيم والأسس وأهداف الجماعة ف:«النظام العام يعبر ... عن قيم ذاتية في بعض الأحيان ومتغيرة ومتطورة، وباختصار فهي غير قابلة للتعداد وبالتالي فهي غير قابلة للتعريف...»[3*].

إنّ هذا الوصف ينطبق على ما ذكره القاضي الإداري في قضية عثمان محمد ضد وزير الداخلية ووزير الفلاحة.

فهي نوع من الدسترة، فالقاضي أخذ بعين الاعتبار بالمعطيات الدستورية. فهو يرى أن هناك "نظاماً عاماً جديداً" على أساس دستوري جديد ناتج عن دستور 1989.

ومما نلاحظه أنّه يذكر نظام عام مرتبط بالنظام السياسي الجديد. وهو يقر أنّ هناك انتقالاً وقطيعة بين نظام عام قديم وآخر جديد.

فالنظام العام القديم يرتبط بنظام سياسي قائم على الحزب الواحد الطلائعي[4].وعلى نظام اقتصادي قائم على الاشتراكية المستندة إلى الملكية الجماعية كأساس.

وأمّا النظام الجديد وكما ذكر في الحيثية: "فإنّ الانتماء إلى حزب سياسي لا يعد مساسا بالنظام العام"، وأيضا فإن: "(...) استرجاع الملك يعد حقا وفقا للنظام العام الجديد".

---

[1] Ibid.

[2] voir Picard, op.cit.

[3] christophe vimbert, op.cit. p 701.

[*] «'l'ordre publique exprime…des valeurs quelque fois subjectives, changeantes, évolutives bref innombrables donc peu définissables… '.» الترجمة للطالب.

[4] المادة 23 من دستور 1963 الصادر بتاريخ 10سبتمبر1963 (ح.ر. رقم 64) "جبهة التحرير الوطني هي حزب الطليعة الواحد في الجزائر".

والمادة 94 من دستور 22 نوفمبر 1976: "يقوم النظام التأسيسي الجزائري على مبدأ الحزب الواحد".

إنّ القاضي قد حدد عناصر هذا النظام العام الجديد بأهم متغيرين أو معيارين حسب تعبيره. فالعنصر الأول يتعلق بالنظام السياسي القائم على التعددية السياسية، وأما العنصر الثاني فيتعلق بالنظام العام الاقتصادي القائم على الملكية الفردية.

إن تأثر القاضي الإداري بالدستور الجديد من حيث أنه المدشن لمسار الدسترة في الجزائر كان صريحا وواضحا، فهو لم يكتف بفض النزاع بل إنه أسهم في إحداث قطيعة على مستوى الاجتهاد القضائي الإداري مقارنة بمواقفه السابقة(قضية c.w. d'AlgerS.A.I.D//) حيث كان أعلن عن أن:«**بالنظر للظروف الاستثنائية الموجودة آنذاك، فإنّه لا يمكن النظر لها كفعل مؤسس لاعتداء مادي، (...) مكتفيا بهذا التأسيس رغم إثارة الوالي لنظرية أعمال الحكومة، حيث يثار عيب الاعتداء المادي كمساسه بحرية فردية أو الملكية الفردية مما يظهر رسوخ المفاهيم المتعلقة بحماية الحرية والملكية الفردية لدى القاضي الإداري**».

وهو يظهر لنا مدى تشبع الاجتهاد القضائي بالمعايير الدستورية والأخذ بها كأساس للحلول القضائية. فهي بذلك تصبح جزءا من "الطائفة القانونية"Bloc De Légalité.

وقد كان اجتهاده طموحا وجريئا لكونه أخذ بمعيار "النظام العام" في مكوناته العليا المتمثلة في النظام الديمقراطي التعددي سياسيا والليبرالي اقتصاديا.

فاجتهاده كان مبكرا بالنظر إلى المسافة الزمنية بين صدور الدستور والطعن في القرار (جوان 1990) والحكم الصادر في 1993. ولكن أهم نقطة هي في استناده إلى المبادئ العامة للدستور دون الاعتماد على مصدرا شكليا أي مادة من مواد الدستور.

وأكثر من هذا خرقه لقاعدة دستورية هي أن القاضي خاضع للقانون (المادة 138 من الدستور)وليس خاضعا للدستور.

إن ذلك يظهر مدى وأثر الدسترة في اجتهاد القاضي الإداري، وقد أكدها في أحكام أخرى[1]. فقد كشف عن "النظام العام الجديد" والذي جعل بالتالي عنصر من النظام الإداري. فقد أسهم في تحديد المجال الجديد للإدارة، وفي تحديد طبيعة وظيفتها.

---

[1]سنذكرها في الفصول التالية.

لقد قدم لنا القاضي الإداري تعريفا مجردا للنظام العام، وفي نفس الوقت، رتب "تجسيده"، فهو لعب دورا مزدوجا بالنظر إلى عملية الدسترة، فهو أسهم في "خلق" وتفسير الدستور من جهة، ومن جهة أخرى أسهم في تجسيده.

فهو قد أسهم في الدسترة بجميع صورها، فهو أكثر فاعلي الدسترة بهذا المعنى.

والحقيقة أن هذا المفهوم العام للنظام العام يرتبط بالنظام السياسي الجمهوري الديمقراطي الليبرالي والذين يبرر لكثير من أحكام الدستور والتي بررت خاصة للتعديل الدستوري في ما يتعلق بالأحكام المقيدة للأحزاب السياسية والتي تستفيد من حرية الإنشاء المقيد بعدم "ضرب الحريات الأساسية، والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، والوحدة الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته، (...)،" وخاصة الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة.(المادة 42 من دستور 28 نوفمبر 1996).

يبدو هذا المفهوم واسعا يتجاوز إطار القانون الإداري وإن كانت عناصر النظام القانوني المبينة أعلاه، يعود الأمر إلى الإدارة والقاضي الإداري. والحقيقة أن هناك اندماج بين هذا الإطار العام أو المفهوم للنظام العام والمعني والمفهوم الضيق للنظام العام في القانون الإداري كما هو متعارف عليه.

والحقيقة،أن مسار الدسترة قد تسارع ، بحكم التحولات المسجلة، سواء داخليا، أو خارجيا، مما اقتضى تكيفا مع المتطلبات الجديدة، وهكذا، فقد كان للمشرع، وكذا السلطة التنفيذية دورا في تسريع دسترة النظام العام، بشكل واضح من حيث أسسه وعناصره الدستورية (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: مسار الدسترة

ممالاشكفيه،أن السلطة التنفيذية تملك أساسا دستوريا لسلطتها الضبطية في الظروف الاستثنائية، ولكن ذلك محل غموض، في حالة الظروف العادية، فالاختصاص معقود، مبدئيا، لممثليها، على المستوى المحلي: رئيس المجلس الشعبي البلدي، والوالي أساسا.

تستفيد السلطة التنفيذية من أساس مباشر من الدستور في إقامة الحالات الاستثنائية. وقد كان الأمر كذلك سواء في دستور 1976 أو في دستور 1989. وبالمقارنة مع الدستور الفرنسي، فإن الحالتين مدسترتين في الجزائر عكس الدستور الفرنسي الذي لم يدستر إلا حالة الحصار (المادة16) والتي جعلت

أحد رجال القانون يعلق بأن ذلك يعد "دستورا احتياطيا"[1] "une constitution de réserve". حيث دعى بعض رجال القانون الفرنسي إلى توحيد نظامه القانوني[2].

نستنتج من تتبع مسار صدور النصوص المعيارية (كرنولوجيا) تطورا في تحديد النظام القانوني للنظام العام، خاصة من حيث اسمه وعناصره (مجاله). ويمكن التأكيد على دور السلطة التنفيذية، وأسبقيتها في ذلك، والذي تبعه عمل تشريعي هام (القانون 91–23)، والذي مهد لدسترة "جزئية" للنظام العام، خاصة من حيث عناصره، في ظل دستور 23 فبراير 1989.

فقد كانت المبادرة من قبل السلطة التنفيذية، بمناسبة ممارستها لسلطتها الاستثنائية، وكان في ذلك وضعيتين أقرهما الدستور: حالة الحصار وخالة الطوارئ.

فأمّا حالة الحصار، فقد تم الإعلان عنها بموجب المرسوم رقم 91–196 بتاريخ 04 جوان 1991، عقب الاضراب "السياسي" الذي شنه حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ.

وقد كان التأسيس الدستوري لذلك المرسوم، عبر التأشيرات: حيث استند الى المادة 67 التي تنص على: «يجسد رئيس الجمهورية، رئيس الدولة، ووحدة الدولة وهو حامي الدستور» إضافة الى المادة: 74 المتعلقة بصلاحياته عموما، والمادة 85 بصلاحيته خصوصا.

مما نلاحظه في أهداف الإعلان العالمي في مادته الثانية حرصه على التقيد بالهدف الدستوري، كما هو منصوص عليه في المادة 1/86 من "تحقيق استتباب الأمن"، إضافة الى هدفين حددهما المرسوم ويتعلقان بـ «الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة الديمقراطية والجمهورية» وكذا «استعادة النظام العام وكذلك السير العادي للمرافق العمومية».

وقد جاء مرسوم الإعلان عن حالة الطوارئ[3] في نفس السياق، مع تفاقم الأوضاع السياسية.

لقد تم إقرار حالة الطوارئ تبعا للأحداث التي تلت توقيف المسار الانتخابي وما انجر عنها من اضطرابات.

---

[1] O. Beaud, le souverain, revue pouvoirs, 1993, p44.

[2] Pascal Caille, l'Etat d'urgence, la loi du 3 Avril 1955 entre maturation et dunaturation, R.D.P, N°2, 2007, P.347.

[3] مرسوم رئاسي رقم 92–44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ.

والحقيقة، أن الدستور يمنح سلطة تقديرية لرئيس الجمهورية في اختيار إحدى الحالتين. ومهما يكن فإن مقتضاها هو تقليص وتضييق الحريات. فالمرسوم الرئاسي أتخذ من طرف رئيس المجلس الأعلى للدولة على أساس اعتبارين:

فأمّا الاعتبار الأول فيتعلق بـ:"المساس الخطير والمستمر للنظام العام"، وأما الاعتبار الثاني فيتعلق بـ:"التهديدات التي تستهدف استقرار المؤسسات والمساس بأمن المواطن والسلم المدني".

تقرر المادة الثانية من المرسوم الرئاسي أن الهدف من حالة الطوارئ هو: "استتباب النظام العام"، و"ضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات"، وكذا: "تأمين السير الحسن للمصالح العمومية"، فالمرسوم يؤهل الحكومة باتخاذ "كل الإجراءات التنظيمية" لتحقيق تلك الأهداف، و"يؤهل وزير الداخلية والجماعات المحلية في كل التراب الوطني أو جزء منه، والوالي في دائرته الإقليمية لاتخاذ التدابير الكفيلة لحفظ النظام العام أو استتبابه عن طريق قرارات وفقا للتوجيهات الآتية وفي إطار احترام التوجيهات الحكومية" (المادة 04 من المرسوم)، فهي تخولهم منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة والمنع من الإقامة والوضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص يهدد النظام أو سير المصالح العمومية، والأمر بالتفتيش نهارا وليلا وكذا إمكانية منع الاجتماعات وكل مظاهرة يحتمل فيها الإخلال بالنظام العام.

وبهذا العنوان نستطيع تسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة إضراب غير مرخص به. والحقيقة أن المرسوم منح السلطة التنفيذية (الحكومة في المادة 03 منه) سلطة واسعة ومبدئية لتحقيق أهداف استتباب النظام عندما أهلها باتخاذ: "كل الإجراءات التنظيمية"، بما يعدّ سلطة تنظيمية استثنائية، تضاف الى سلطتها التنظيمية التي تستمدّها من الدستور.

يبدو أن هذه التقييدات حصرية، فإن المرسوم يؤهل وزير الداخلية:"أن يعهد عن طريق التفويض، إلى السلطة العسكرية قيادة عمليات استتباب الأمن على المستوى المحلي أو على مستوى دوائر إقليمية محددة" (المادة09).

كما يسمح المرسوم بأنّه: "يمكن تبليغ المحاكم العسكرية بالجرائم والجنح الجسمية المرتكبة ضد أمن الدولة مهما كانت صفة المحرضين على ارتكابها أو فاعليها أو الشركاء فيها" (المادة 09).

إنّ أهمية المرسوم القانونية والنظرية تبقى قائمة رغم إلغائه. ففي الحقيقة فإن كثيرا من أحكامه لم تعد سارية لأن أكثر أحكامه تم رفعها كغلق مراكز الأمن (الاعتقال الإداري) ورفع حالة منع التجوال، وقد كان مضمون المادة 09 أهم مادة بقيت معنية بمحاربة الإرهاب، وهي في الحقيقة، اتخذت بناء على أحكام القانون رقم 91-23 دون الإشارة إليه في تأشيرات المرسوم الرئاسي. وقد أنهت الأمر بأن أصبحت مهمة مكافحة الإرهاب يتم على أساس تشريعي بعد تعديل نفس القانون أي القانون 91-23، بالأمر رقم 11-03 المؤرخ في 23 فبراير 2011.

إنّ ما يهمنا هو إسهام المرسوم في توضيح العناصر المادية للنظام العام التي بقيت "غير محددة" ومبهمة في النص الدستوري.فقد اقتصر الدستور على مصطلح: "أمن المواطن في المادة 23 من دستور فبراير1989" وعلى مصطلح: "استتباب الوضع" في المادة 86 منه.

فقد حدد المرسوم أهدافه، كما ذكرنا بصفة دقيقة في المادة الثانية منه، التي تعد في الحقيقة عناصر تقليدية.

ولكن أهداف إقامة حالة الطوارئ أو الحصار أوسع من المعنى الضيق للأمن. ولكننا نجدها تتعدى إلى معنى سلطة الدولة واستمراريتها بل والحفاظ على الجمهورية، وقد لاحظنا ذلك من بين العناصر التي عدّدها مرسوم 91 المتعلق بحالة الحصار ما تعلّق بـ: «الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة الديمقراطية والجمهورية»، فقد كان الهدف الأول مذكور في المرسوم.

وعلى سبيل المقارنة، فإن مؤلفا فرنسيا كتب أن:"خلف النظام العام الذي يجب استرجاعه بواسطة حالة الطوارئ، يوجد الأمن والسكينة، ولكن خاصة سلطة واستمرارية الجمهورية، أي أنها هناك بعد سياسيا ومؤسساتيا"[21].

وهذا يكشف لنا وظيفة الضبط الإداري ببعدها المؤسساتي المتمثل في حماية الدولة والمؤسسات. فالمرسوم صدر لاعتبار:"المساس المستمر بالنظام العام" وكذا "اعتبارا للتهديدات التي تستهدف استقراره، (...)".

[1]Christophe vimpert. L'Ordre public, dans la jurisprudence du conseil constitutionnel R.D.P.1994, P700.op.cit.

[2]«Ainsi, dernière l'ordre public à rétablir par l'Etat d'urgence, il ya la sécuritéet la tranquillité, mais aussi certainement l'autorité et la continuité de l'Etat républicain, c'est –à- dire une dimension politico-institutionelle».

إنّ ما يؤكد هذا البعد ليس مضمون المرسوم في حد ذاته، بل مقدماته أي الظروف المحيطة به والتأسيس القانوني الذي ذكرته تأشيرات المرسوم، فقد تم ذكر تأشيرين مهمتين.

فأمّا التأشيرة الأولى فهي التي جعلت اختصاص رئيس الجمهورية يتم بعنوان سلطته التنظيمية المستقلة، وأمّا الثاني فهو إعلان المجلس الدستوري المؤرخ في 06رجب عام 1412 الموافق لـ11 يناير 1992 والذي دعا فيه الهيئات الدستورية القائمة للحفاظ على الجمهورية واستمرارية الدولة.

إنّ ذلك يكشف لنا "البعد السياسي والأيديولوجي"للنظام العام.

فهو لا يختصر في بعده الإداري الذي حددته المادة الثانية من المرسوم. فقد عددت ثلاثة عناصر، فهي عناصر حصرية. وقد وردت بالترتيب، فهي تتمثل في:"استتباب النظام العام"،و"ضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات، وتأمين السير الحسن للمصالح العامة".

يظهر التحليل الشكلي للمادة أولوية النظام العام، فهو أمر منطقي بالنظر للظروف التي استدعته، وكذا ضمان سير المرافق العام أي ضمان تطبيق مبدأ الاستمرارية.

فهذين الهدفين مبررين تقليدين لإقامة النظم الاستثنائية. ولكن ما يبدو جديدا هو إدراج الهدف المتمثل في:"ضمان أفضل لأمن الأشخاصوالممتلكات"، فالحفاظ على النظام العام هدف كافي ويستغرق نظام حالة الطوارئ ويبرر كل التقييدات الواردة فيه على هذا الأساس حصرا.

فأمر توسيع أهداف حالة الطوارئ يبدوا مستغربا بالنظر لما تعارف عليه القانون المقارن عموما، وبالنظر للظروف القائمة التي لا تستدعي إدراج هذا الهدف.

فالحقيقة، أنّ ذلك العنصر مدرج في النصوص التشريعية المتعلقة باللامركزية، فهو عنصر تقليدي فوجوده مرتبط "بالنظام العام الجديد" كما ذكره قاضي الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرار عثمان محمد حيث ذكر عنصري: "الملكية الخاصة والحرية الفردية"، فالعنصر المشترك الذي يبرز هو الحفاظ على ملكية الأشخاص، حيث أظهرت Hannah Arent أنّ التمييز بين العام والخاص هو كنه الليبيرالية[1].

[1]Mazeres J.A, public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arent: l'opposition des termes aux termes de l'opposition, R.D.P. N°4, 2005.

وأعتقد أن ذلك كان فرصة للسلطة لإظهار مشروعها وفرضه بحكم الصراع القائم بين بقايا التصورات والمفاهيم المرتبطة بالنظام الاشتراكي وأنصار المشروع الإصلاحي، فأزمة الانتخابات "الموقوفة" كانت اللحظة والفرصة لتأكيد خيارات: الجمهورية والحريات والديمقراطية، وفي ظل هذه الظروف كان إدراج مصطلح "أمن الأشخاص والممتلكات".

ويمكن اعتبار ذلك مفارقة، فقد تعززت الحرية في نظام استثنائي يقوم على تقييد الحريات. ولكن الأمر، يظهر لنا من جهة أخرى الوظيفة الحقيقية للضبط أو النظام العام وهي وظيفة "المحافظة" على الحقوق والحريات الفردية أساسا.

والحقيقة، أن ذلك التأكيد على ذلك العنصر من النظام العام، قد تم بواسطة المشرع، قبل ذلك المرسوم بقليل، حيث صدر النص التشريعي في 6 ديسمبر 1991[1]، حيث جاء ي خضم التحولات التي عرفها الوضع داخليا وخارجيا المتعلقة بدور الجيوش، بعد نهاية الحرب الباردة، والتساؤل حتى على دور حلف شمال الأطلسي، بعد تفكك حلف وارسو. فقد أكد على دور الجيوش في مجال الحماية من الكوارث الطبيعية، والذي تم تكريسه في هذا النص كمتطلب يتعلق بـ: "حماية السكان ونجدتهم" (المادة الثانية/2)، والذي على أساسه: «يمكن تجنيد وحدات الجيش في الحالات التالي: النكبات العمومية والكوارث الطبيعية أو الكوارث ذات الخطورة الاستثنائية» (المادة الثالثة/أ)، والذي أضيف له "مكافحة الإرهاب والتخريب" في تعديله بالأمر 11-03.

أحدث هذا القانون أثار كثيرة تتعلق بتوضيحات أساسيه حول مفهوم النظام العام في جوانب عدة، تجيب على كثير من التساؤلات القانونية، خاصة من حيث الأسس والمجال والسلطة المختصة، فهو، وإن كان يتعلق بدور الجيش، فهو بطريقة غير مباشرة حدد مجال الأمن العمومي.

أمّا من حيث الأساس، فإن القانون يفيدنا في ذلك من خلال، التأشيرات الدستورية التي استند اليها، فهو يستند على سلسلة مواد، وخصوصا المواد 23 و81 (1و3و4) و86و87و115و116و117 دستور 23 فبراير 1989، فإنّنا بصدد تأسيس دستوري صريح لأول مرة.

---

[1] قانون رقم 91-23 مؤرخ في 29 جمادى الأول عام 1412 الموافق 6 ديسمبر سنة 1991 يتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 63، ص293

وأمّا حيث مجاله، فقد نص على المكونات التشريعية للنظام العام، والتي حددها في الحالات التشريعية التالية:

أ- النكبات العمومية والكوارث الطبيعية أو الكوارث ذات الخطورة الاستثنائية.

ب- عندما يكون حفظ الأمن العمومي وصيانته وإعادته خارجا عن نطاق السلطات المصالح المختصة عادة.

ج- بسبب المخاطر الجسيمة أو توقعها التي قد يتعرض لها أمن الأشخاص والممتلكات.

د- في حالة المساس المستمر بالحريات الجماعية أ الفردية (المادة الثالثة من القانون)، والذي اعتبرها المشرع أنها تقع "خارج الحالات الاستثنائية" كما يشير عنوان القانون.

يقتضي ملاحظة أنّ المشرع احترم الأحكام الدستورية بما يعد احتراما لإدارة المؤسس الدستوري الذي يفهم أنه أقام تمييزا بين مجالين: مجال دستوري موضوعه الحالات الاستثنائية، ومجال تشريعي موضوعه الحالات العادية، على حسب تفسير المشرع، والذي لم تثر مسألة دستوريته لعدم خضوعه للوقاية من قبل المجلس الدستوري.

يفهم من القراءة الشكلية للنص أن المجال المنظم يتعلق بما كيفه المشرع بـ "الأمن العمومي" (كما جاء في عنوان القانون)، وبالتالي، فلا ينصرف الى تنظيم المكونات الأخرى للنظام العام من الصحة والسكينة العمومية، والتي تنظم، أساسا، من نصي قانوني البلدية والولاية، ونصوص أخرى كقانون حماية الصحة وترقيتها[1]، والتي نجد لها أسس دستورية في نص الدستور[2].

ويكشف لنا القانون أنه وسع مفهوم الأمن العمومي، في حين أن الأمر يتعلق بالنظام العام، بجميع مكوناته السياسية أو الاقتصادية والأمنية، فلا يتطابق عنوان القانون مع مضمونه أي المجال الذي حدده، ومهما يمكن، فإن ذلك، يكشف لنا تلازم النظام العام في مكوناته الجديدة، وقد كانت الأحداث سببا في تأكيد الأيديولوجية التي يحملها دستور 23 فبراير 1989.

وقد كان الإسهام الكبير لهذا النص التشريعي هو ايراد الأساس الدستوري (أي المادة 23 من الدستور) وتفسيرها تشريعيا.

---

[1] القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

[2] المادة 51 من الدستور: «الرعاية الصحية حق للمواطنين. تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية ومكافحتها»

فاذا كانت المادة تتعلق بكون: "الدولة مسؤولة عن أمن كل مواطن"، فقد ففسره المشرع بأن دققها عبر الصيغة التالية: «**بسبب المخاطر الجسيمة أو توقعها التي قد يتعرض لها أمن الأشخاص والممتلكات» (المادة3/ج)**، فالأمر يتعلق بمكونين للأمن: أمن الأشخاص والممتلكات، ويتعلق ذلك بأمن المواطن، مما يجعلنا نستنتج أن المشرع قد ميزها عن ما اعتبره "حفظ الأمن العمومي وصيانته وإعادته" كما جاء في المطة السابقة (ب)، بذلك، يكون المشرع قد أفرد نصا خاصا بالأمن العمومي، بالنظر لتدخل الجيش كقوة عمومية، والذي استفاد من دسترة.

فقد كان النظام، فالنظام الاستثنائي المتعلق بحالة الطوارئ إطارا لكشف وظيفتي النظام العام وهي: "التضييق" أو الحدود limitesles و"المحافظة" la garantie.

وهو قد أسهم في إظهار عناصر النظام العام الإداري المتمثل في:"امن الأشخاص والممتلكات" التي كانت مقدمة لدسترتها في تعديل 28 نوفمبر 1996.

فهكذا، فإنّنا نلاحظ أن الدستور بتحديده لعناصر الضبط الإداري ضيق من مجاله. فيكون الدستور قد أسهم في تضييق مهمة الإدارة الضبطية إلى ما هو "أساسي".

إن كل تلك النقاط التي تناولناها ساهمت في رسم ميدان الضبط الإداري كمهمة للحفاظ على النظام العام. فقد رسمت معالمه في عدة نصوص.

فقد ولد مع دستور فبراير 1989 "نظام عام جديد" كما أظهره اجتهاد الغرفة الإدارية للمحكمة العليا يقوم على أسس الدسترة الحديثة التي حملها النص الدستوري في حد ذاته، وليظهر مرسوم حالة الطوارئ 1992 والقانون رقم 91-23 العناصر المادية لهذا النظام.

وهكذا، فإننا نلاحظ إسهام عدة فاعلين قانونيين في عملية الدسترة، فهي لا تقتصر على مجرد وجود أحكام دستورية، وبالتالي إلى مجرد مصادر شكلية، فهي تتغذى من اجتهاد عدة قوى فاعلة. وهو يظهر انها دسترة"منتشرة diffuse" تغذي شرايين القانون الإداري فتطبعه بالطابع الدستوري.

إنّ دسترة النظام العام الجديد تمت بشكل أساسي بإسهام المجلس الدستوري خاصة بمناسبة دستور 28 نوفمبر 1996 (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: دسترة عناصر النظام العام

ارتبطت دسترة النظام العام عبر اجتهاد المجلس الدستوري في أول قرار له بتأكيد النظام الجديد القائم على أولوية الحقوق والحريات فأقام بذلك أسساًلـ"نظام العام جديد" في ظل دستور 23 فبراير 1989 (الفرع الأولى)، وليتكرس في مرحلة ثانية، بدسترة عناصر هذا النظام العام، بشكل مباشر بفضل التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إسهام المجلس الدستوري: "دسترة غير مباشرة"

قدم المجلس الدستوري إسهاما حاسما في تأسيس مفهوم النظام العام، وقد كان ذلك ثمرة اجتهاداته في تكريس نظام الحقوق والحريات التي جاء بها دستور 1989. فقد أسهم بتفسيره بإعطاء المعنى والمدى الذي يغطيه مفهوم الحقوق والحريات وفي نفس الوقت، فإنّ قراره الأول يكشف لنا عن "وظيفة النظام العام" (فهي غير مستقلة) الذي ربطها بنظام الحقوق والحريات وجعلها محايثة له (الفقرة الثانية) بتأسيسه للنظام العام (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: التأسيس

أصبح أمر تعلق دولة القانون مرتبط بالحقوق الأساسية، فقد ربط الأستاذ picard بين مفهوم الحقوق الأساسية ومفهوم النظام العام، فقد كتب عندما تكلم عن الحقوق الأساسية وصلتها بالنظام العام أنه: «من وجهة نظر دولة القانون، فهو محايث لمفهوم النظام العام، فهو الذي يحددها، وهو الذي من جهة أخرى يؤسسها»[1].

وقد كان المشرع الجزائري في القانون رقم 91-23 سباقا وأكثر جرأة في تقريره لصلة النظام العام بوظيفة الحفاظ على الحقوق الأساسية، فقد عدد الحالات: «-**في حالة المساس بالحريات الجماعية أو الفردية» (المادة 3/د)**، والذي سبق القانون الفرنسي لسنة 1995[2] عندما قدم نفس الاعتبار والصلة والوثيقة، بما يحقق الوظيفة الدستورية للحفاظ على الحقوق والحريات.

[1] Etienne Picard, introduction générale, la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique, op.cit. p50.
[2]La loi Française sur la sécurité intérieure (l'article 20 de la loi de 1995).

جاء اجتهاد المجلس الدستوري "مبكرا"، وإسهامه جاء عاما ومجردا، لا يتعلق بحرية أو حق معين، وإن كان تم بمناسبة خرق مبدأ المساواة في الترشح للانتخابات.

قد أسهم اجتهاد المجلس في تحديد مفهوم النظام العام بشكل "ضمني" دون ذكر إصلاح "النظام العام"، فهو تم بطريقة غير مباشرة، وبشكل عابر incidente في القرار الأول المتعلق بقانون الانتخابات[1] فهو يحيل إلى مفهوم شامل لحماية الحريات والحقوق الدستورية، فلم نعثر على مصطلح "نظام عام" في النص الدستوري أو في آراء وقرارات المجلس الدستوري.

الحيثية: «...**كماأن الأحكام القانونية المتخذة في هذا المجال بإمكانها أن تفرض شروط الممارسة هذا الحق، لكن ليس بإمكانها أن تحذفه تماما بالنسبة لفئة من المواطنين الجزائريين...**

وبعبارة أخرى، لا يمكن أن تكون ممارسة هذا الحق موضوع تضييق اتضرورية فقط في مجتمع ديمقراطي، بغية حماية الحريات والحقوق الواردة في الدستور، ثم ضمان أثرها الكامل»[*].

نستنتج ذلك المفهوم من اصطلاح "التضييقات الضرورية" لضمان الحقوق والحريات وإيراد الحدود عليها، وربط تلك الضرورة بالديمقراطية عندما ذكر: "التضييقات الضرورية في مجتمع ديمقراطي"، فالارتباط والمحايثة مؤكدة في تصور القاضي الدستوري.

إنّنا بذلك الاجتهاد تصبح في نفس منطق الحقوق الأساسية كما في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ففي قضية Eky ضد فرنسا بمناسبة التضييق على الجمعيات قرأت أن: «ذلك لا يعد ضروريا في مجتمع ديمقراطي»[*2].

ويظهر من استعمال مصطلح "المجتمع الديمقراطي" التأثر بهذا المصطلح الذي جاء النص عليه في الاتفاقية المتضمنة العهد الدولي للحقوق السياسية والمدينة، والذي يبدو عاديا، فقد أصبحت

---

[1] قرار رقم 01، سبقت الإشارة إليه.

[*]«…que les dispositions l'égales prises en la matière peuvent imposer des conditions à l'exercice de ce droit mais ne peuvent supprimer totalement pour une catégorie de citoyens algériens… qu'en d'autre termes, l'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions nécessaires, dans une société démocratique, pour protéger les libertés et les droits énonces dans la constitution et en garantir le plein effet».

[2]pascal caille, l'Etat d'urgence, RDP, n° 2, 2007

[*]الترجمة للطالب

المعاهدات جزءا من الطائفة الدستورية Le Bloc de Constitutionnalité[1] وحيث يتحدان (أي الدستور والمعاهدة) في موضوع حماية حقوق الانسان، كما هو الحال، مثلا في المادة 22 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية حيث ينص على أن: «لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع اخرين (...)»، لتشير الفقرة الثانية: «**لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق الا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الاخرين وحمايتهم** (...)»، والذي استعمل كذلك في المددة 21 منه، في اطار نفس التصور العام الذي يتوافق فيه المصدرين شكلا ومضمونا.

يفهم من الحيثية الثانية من النقطة الثالثة من القرار رقم واحد المتعلق بالنظام الانتخابي أنها تتضمن مفهوم النظام العام. ويتعلق الأمر بنظام عام تشريعي فقد منع القاضي الدستوري على المشرع إيراد التضييقات على الحقوق والحريات إلا "التضيقات الضرورية" في سبيل هدفين وهما: "حماية الحريات والحقوق المنصوص عليها في الدستور من جهة، وضمان أثرها الكامل"، والأمر يتعلق بالحريات الدستورية

إن التعبير أو الاصطلاح:"التضييقات الضرورية" ينطبق على فكرة النظام العام، ويرتبط بوظيفته وهي الحماية للحقوق والحريات، فيترتب عن ذلك أن النظام العام والحريات ضروريين لبعضهما البعض.

فهو يفهمنا أن الأصل هي الحرية، وان الضبط هو وسيلة لحمايتها، وبالتالي فإن مفهوم الضبط يتأسس على أساس مفهوم "الضرورة". وقد أقرت دستورا واجتهادا دستوريا عبر اصطلاح "التضييقات الضرورية" وهي أقامت مبدأ عاما ولم تخص به حرية بعينها.

والحقيقة أنّ أحكام الدستور والمنطق الدستوري القائم على مبدأ "الضمانات والحماية" للحريات يسمح بالتأكيد على هذه الفكرة، فهو يحدد المكلف بتلك المهمة وهو البرلمان على أساس المادة 122/الفقرة الأولى وعلى أساس المادة 123/الفقرة الثامنة.

---

[1] سنتناول الموضوع في الباب الثاني–الفصل الأول–المبحث الثاني–المطلب الأول.

وإن أهم الآثار هو الحماية التي يفرضها الدستور على الحريات لميدان الضبط، بواسطة القوانين العضوية، فالدسترة أي "التجسيد" للنظام العام سيكون بشحنة دستورية قوية، بحكم الرقابة الدستورية الإلزامية والقبلية.

إن القاضي الدستوري جعل النظام العام محايثا للحقوق والحريات عبر الحيثية التي ذكرناها. وبذلك فهو دشن سبيلا جيدا، قد تكون مبدأ يستأنس به وسيقر في فضاء المجلس الدستوري، إنه بذلك، أقام تصورا قائما على المحايثة، فالنظام العام أي"التضييقات الضرورية" يهدف إلى حماية الحريات.

تسمح قراءة هذه الحيثية بأن ندرك أن المؤسس الدستوري يؤسس لتصور الحرية يستوعب بعد الضمانات والحدود.

إنّ هذا التصور وهذه النظرة قائمة في فرنسا، ولكن بشكل ضيق في اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي. ففي قرار كاليدونيا الجديدة يقرّر المجلس الدستوري:«أنّه بدون نظام عام، لا يمكن ضمان ممارسة الحريات»[1*].

والحقيقة، أنّ أهم الفقهاء الباحثين في النظام العام. يتبنون هذا التصور، بحكم تطور مفهوم دولة القانون، الذي جعل الحرية محايثة للنظام العام، ويذكر الأستاذ E.Picard[2] تلك الصلة بقوة.

فالنظام العام يحدد الحرية والحرية تحدد النظام العام و:«الحرية الأصلية تتضمن بالضرورة متطلبات النظام العام، وفي المقابل(en retour) فإن تعريف هذا الأخير يتم عبر الرجوع إلى مطلب أساسي للحرية: فالنظام العام والحرية هما ضروريين لبعضهما البعض كما لا ينفصل الشكل عن المضمون»[3*].

---

[1]D.C n° 85, l'Etat d'urgence en nouvelle Calédonie, G.D.C.C, P.600.

[*] «Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public <u>sans lequel l'exercice des libertés</u> ne saurait être assuré».

[2]Picard,

[3]Picard, «l'ordre public et la liberté sont nécessaires l'un à l'autre autant que toute forme est inséparable de sa substance».

[*] الترجمة للطالب

حيث لم يكن القانون الفرنسي يهتم بأمر الحريات وضمانها، فـ: «**في الحقيقة، فإنّ هناك قناعة أنّ موضوع القانون الإداري ليس الحرية، ولكن النظام (...)**»[1]*، وليتطور التفكير حول التأسيس للحرية والنظام العام، فكتب محافظ الحكومة corneilleبمناسبة قرار Baldyمصرّحا بأن إعلان حقوق الإنسان والمواطن هي: «ضمنيا أو صراحة في واجهة الدساتير الجمهورية، والذي يستنتج أنّ: «كل نقاش حول القانون العام، يجب أن يضبط على المبادئ العامة، الانطلاق من وجهة النظر أنّ الحرية هي القاعدة وأنّ تقييد الضبط هو استثناء».

والحقيقة، أنّ المجلس الدستوري الفرنسي في تأسيسه لهذا النظام العام لم يحل إلى أساس نصي من الدستور، وذلك على عكس الاجتهاد الفرنسي الذي يؤسسه على أساس المادة 04 من إعلان حقوق والمواطن. وكان من المفترض أن يلجأ المجلس الدستوري الجزائري إلى اساس نصي كما كان يحرص دائما على ذلك، فالمادة 60 من الدستور تمنح هذا الأساس الدستوري (أي دستور فبراير 1989) والتي أصبحت المادة 63 في تعديل 28 نوفمبر 1996.

تنص المادة 60 (63 حاليا) على أن:" يمارس كل واحد جميع حرياته، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور، لا سيما احترام الحق في الشرف، وستر الحياة الخاصة، وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة".

فقد استند المجلس الدستوري الفرنسي، في قراره حول "النقاب" أو الحجاب الكامل Voile intégral[2] الى المادة 04 من اعلان حقوق الانسان والمواطن لـ 1789 التي تنص على أن: «**الحرية في القدرة على فعل شيء لا يضر بالغير، وبالتالي، فان ممارسة الحقوق الطبيعية لكم انسان ليس لها حدود الا ما يضمن للأعضاء الاخرين في المجتمع التمتع بنفس الحقوق، تحدد هذه الحدود بواسطة القانون فقط**»*. وكذلك المواد: 5و10 من الإعلان، ففي هذا القرار أسس المجلس لذلك المنع من الإخفاء الكلي للوجه في الفضاء العام بواسطة التفسير المندمج interprétation combiné لمبادئ الحرية والمساواة، فقد وافق على ما اعتبره المشرع ممارسة قد تمس بالأمن العام. فقياسا، فإنّ مضمون المادة 63 من الدستور الجزائري يتقارب مع مضمون المادة 04 من الإعلان الفرنسي.

---

[1] François saint Bonnet, de droit des libertés publiques, antonyme du droit administratif au xix Siècle, R.D.P, N°2, 2012.

[2] C.C.D.C. N°2010-613, voile intégral, (7 octobre 2010) in: G.D.C.C. N°49.

* ترجمة الطالب.

وفي هذا الإطار يمكن ذكر قرار قضائي يستند إلى مضمون هذه المادة دون الإحالة الشكلية عليها. ولأن السلطة القضائية:"تحمي(...) المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية" (المادة 139 من دستور 1996). فيمكن إدراج هذا الاجتهاد "الضمني" للمجلس القضائي للجزائر (كونه غير صادر عن المحكمة العليا–الغرفة مجتمعة).

لقد تأثر القاضي العادي بمفهوم "النظام العام" الجديد الذي انبثق عن الدستور، ويمكن أن نذكر في هذا الإطار قرار المجلس القضائي للجزائر العاصمة بتاريخ 2001.04.03، حيث أن المدعي عمر أوقاسي استأنف حكم محكمة حسين داي الصادر بتاريخ 15 مايو 1999 والقاضي برفض الدعوى التي رفعها ضد جريدة "الخبر الأخير" بغرض رد الاعتبار والتعويض عن الإساءة التي لحقته من جراء نشر الجريدة المذكورة لتحقيق ورسوم كاريكاتورية عن نشاط عيادته المتخصصة "الشفاء".

فالمدعي:"يتمسك بحقه في حماية سمعته وشرفه" بينما تدافع الجريدة "بحقها في التعبير الحر المكرس دستورا".

إن حيثيات القاضي التي أسست لحكمه تستند إلى مضمون المادة 63 من الدستور بدون الإشارة إليها، حيث يذكر قاضي المجلس في حيثيته أن: "حرية التعبير التي تستند إليها الجريدة تنتهي عند المساس بحق المستأنف في السمعة والشرف".

فحيثيات القاضي مستمدة بلا شك من النص الدستوري أو أنها على الأقل مستوحاة من فلسفته. وهو في القرار يربطها بالنظام العام فهو نص على أن: "الدولة...تتولى النظام العام".

إن تأثير الدستور واضح على أحكام القضاء ومثل هذا القرار مثال حي وتجسيد لذلك. فالحقيقة، أن القاضي في حيثياته أستند إلى المنطق الجديد للدستور القائم على الحريات والذي انبثق منه"نظام عام جديد".

حيث أن قاضي المجلس لم يثر ولم يؤسس قراره على أساس المواد الدستورية ولكنه استلهم منها منطقها، وذلك يظهر مدى تأثير الدستور عموما، وفي هذا القرار بالذات. وقد امتد أثر الدستور إلى أطراف النزاع عندما استعملوا المواد الدستورية كحجج، فقد استند المدعي على المادة 35 من الدستور واستند المدعي عليها (الجريدة) على المادة 41التي تنص:"حريات التعبير...مضمونة للمواطنين".

لقد لجأ القاضي لتأسيس قراره إلى الدستور، رغم أنه ليس القاضي الأعلى، مما يظهر أن الدسترة مؤثرة دون المرور على الاجتهاد القضائي، فلم يشر إلى استناده إلى اجتهاد قضائي للمحكمة العليا، وهو كذلك لم يشر، إلى آراء وقرارات المجلس الدستوري.

والحقيقة أن القاضي يخضع للقانون بحكم المادة 145 من دستور 1996، فاللجوء مباشرة للدستور كان بسبب الفراغ القانوني.ففي دولة القانون يجب على القاضي الاستناد إلى قواعد قانونية، فهو ليس حرا.

إن أهم أثر لهذه الممارسة القضائية الجريئة هو أن "النظام العام" مستمد من الدستور، في مضمونه وفي أساسه وفي منطقه، فلم يعد القاضي حر في اجتهاده بخلق نظام عام.فهذه الدسترة المستوعبة من قبل الفاعلين، أي السلطات العمومية والأفراد، تسهم في تحديدها. إن ذلك يجعلها مفاهيم في مواجهة الإدارة خصوصا، فلم تعد الإدارة "مستقلة" في رسم حدود مهمتها ولا تملك سلطة تقديرية في ذلك التحديد، كما عرف ذلك في الاجتهاد القضائي[1].

فيكون القاضي الدستوري بذلك الاجتهاد قد أسس لنظام عام "مجرد" مرتبط بمبدأ دولة القانون كدولة أولوية حقوق. فنستنتج أن هناك مستويين للنظام العام، يرتبط أحدهما بنظام تشريعي، ويرتبط الثاني بنظام عام "مادي وخارجي"يعود إلى الإدارة للحفاظ على نظام عام إداريordre public policier.

إن تأسيس هذا المستوى الثاني كما نستنتجه سيرتب أثارا تبناها التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996،(الفقرة الثانية: تحديد عناصر النظام العام) (نواة صلبة)، ولكن الأستاذ moreau يعتقد أن: «موضوع الضبط الإداري العام هو في الوقاية من اضطراب النظام العام، فحدود سلطات الضبط الإداري تمكن في المساس بالحريات العامة، وليس في المساس بعناصر الأمن والسكينة والصحة العامة»[2].يبرز ذلك ان العبرة تكمن في "وظائف النظام العام".

الفقرة الثانية: وظيفة النظام العام: تجسيد للدستور

يظهر لنا اجتهاد المجلس الدستوري وظائف الحماية والتقييد(1) والهيئات المؤهلة بتلك المهمة(2).

---

[1]Aberkane Farida, le pouvoir discrétionnaire l'administration, Revue du conseil d'Etat, 2001.
[2]Moreau (J), Jus-classeur, Le droit administratif, 1997, fascicule 200, p.09.
'L'objet de la police générale est de prévenir les troubles à l'ordre public, les limites aux pouvoirs de police générale résidant dans l'atteinte à une liberté publique, et non dans le dépassement des rubriques : sécurité, tranquillité, salubrité'.

(1)التحديد الدستوري لوظائف النظام العام:أسهمت حيثية المجلس الدستوري في تأسيس النظام العام وكذا في تحديد وظائفه. وأكثر من هذا، فإن هذا هو تجسيد للدستور كضمانة للحقوق والحريات.

فقد وردت الحيثية في قرار المجلس الدستوري المتعلق بقانون الانتخابات[1]، حيث أن المادة 86 المتعلقة بقابيليه الانتخاب بالمجلس الشعبي الوطني «**يعتبر المجلس الدستور أنه اذا كان شرط السن لا يثير أيه ملاحظة خاصة، فإنّ الامر ليس كذلك بالمرة فيما طلب من المترشحين وازواجهم من أن يكونوا من جنسية جزائرية اصلية**»، ويواصل المجلس في حيثيته: «**ونظرا لما نصت عليه احكام المادة 47 من الدستور، اعترف لجميع المواطنين الذي تتوفر فيهم الشروط القانونية أن يُنتخبوا وينتخبوا، كما أن الأحكام القانونية المتخذة في هذا المجال بإمكانها أن تفرض شروط الممارسة هذا الحق، ولكنه ليس بإمكانه أن تحذفه تماما بالنسبة الى من المواطنين الجزائريين بسبب اصلهم.**» ولتأتي الفقرة التي تضع القاعدة العامة والتي تنصّ على أنّه: «**وبعبارة أخرى، لا يمكن ان تكون ممارسة هذا الحق موضوع تضييقات ضرورة فقط في مجتمع ديمقراطي، بغية حماية الحريات والحقوق الواردة في الدستور، ثم ضمان اثرها الكامل**»[2*].

إنّنا نلاحظ غياب مصطلح "نظام عام" في هذا القرار والذي يمكن ان نبرره بخوف تكريسه كمصطلح يترتب عنخه تقليص شديدي للحريات والحقوق، في مسار دسترة "جنينية" مرتبط بمحيط مقاوم للموجة الإصلاحية، فقد رسخ ذلك في ذهنية كل مسؤول وكل المتعاملين القانونيين من إدارة وقضاء ومشرع، ويبرر ذلك بغياب المصطلح في النص الدستوري، والذي كان قد يصلح كأساس لتأسيس الدستور.

ويبرز القرار كأول تأسيس للنظام العام كقطيعة مع النظام الدستوري الناتج عن دستور 22 نوفمبر 1976، الذي نص على فكرة الامن مندمجة مع باقي ضمانات شروط الحياة المادية للمواطن، في تكريس "جزئي" و"غامض" و"ضيق" لمفهوم النظام العام على المستوي الدستوري، على خلاف التكريس التشريعي والتنظيمي للمفهوم.

---

[1] قرار رقم 1-ق.ق-م.د-مؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 20 غشت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخاب. منشور في: اراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائري 1989-2012. الصادر عن المجلس الدستوري سنة 2012.

[2]

[*] «Qu’en d’autres termes, l’exercice de ce droit ne peut faire l’objet que des seules restrictions nécessaires, dans une société démocratique, pour protéger les libertés et les droits énoncés dans la Constitution et en garantir le plein effet».

نستنتج مفهوم النظام العام ووظيفته في النظام القانوني[1] من المصطلح المكرس في الحيثية وهو: «التضييقات الضرورية»، فاذا كانت وظيفة القانون هي ضمان الحقوق والحريات فهو يمتلك أيضا وظيفة "التضييق" بحسب حيثية المجلس الدستوري في قرارها الأول حول الانتخابات.

فالمقاربة التي يمكننا تبنيها تنطلق من مفهوم التضييقاتrestrictions أو الحدود أي Les Limites، وقد اقترح الباحث الفرنسي مقاربة منهجية تستند الى فكرة الحد La Limite لتناول وظيفة النظام العام كقيد على الحرية الدستورية[2]، حيث يعتمد الباحث على اعمال باحث اخر ألمانيRobertAlexyالذي يعتبر: أنّ مفهوم الحد La limiteمن القانون يفترض وجود شيئين: الحق والحد undroitet une limite، والذي توجد بينهما علاقة: هي علاقة التحديد او التضييق Limitation، والتي تنشأ منها علاقتين : العلاقة الأولى وهو ما سماها "النظرية الخارجية"، التي بموجبها فان الحد هو خارجي عن الحق، "والنظرية الداخلية" التي بمقتضاها فان الحق يتصور بصفة محدودة[3].

يرى الباحث أنّه وبحسب النظرية الخارجية، فإنّ الحق والحد شيئان متمايزان، فهناك الحق في حد ذاته، وهو غير محدود، وما تبقى من الحق بعد تطبيق الاجراء المقيد أي الحق المقيد، فالأصل، أن الحقوق غير مقيدة، ولا ترد التقييدات أو الحقوق المقيدة الا عندما يجب التوفيق بينهما وبين حريات الاخرين ولمتطلبات الصالح العام، فالحدود التي ترد معلقة في اول وهلة، تحدد وتدقق identifies et précisés[4].

يؤكد الباحث على أنّ النظرية الأولى تجد لها تطبيقا في الاتفاقيات الحامية لحقوق الانسان[5].

وإننا نجد هذا التصور موجود فيما يتعلق بالعهدين الدوليين لسنة 1966 التي صادقت عليها الجزائر في 1998 حيث النص على الحق ثم يجد النص على قيود الواردة عليه فينص على الضمانات،

[1]Etienne Picard, introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre public in ordre public, ordres publics, et droit fondamentaux, Bruyland, Bruxelles.
[2]Pauline Gervier, la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, S.D.

[3] روبرت اليكسي، فلسفة القانون، مفهوم القانون وسريانه، تعريب كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص 22.

[4]Ibidem, P.37.
[5]Ibid.

لتمنح الدول إمكانية ايراد التقييدات بدواعي النظام العام بكل مكوناته الواسعة وكذا بالنظر لحماية حقوق الغير، وسنذكر ما جاء في الاتفاقية لتأكيد ذلك.

فأمّا ما يتعلق بحرية التنقل حيث تنص المادة12 من العهد الدولي للحقوق المدينة والسياسية على أنّ: «**كل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما له حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان اقامته**[1]**ولكل فرد حق مغادرة أي بلد بما ذلك بلده**» وليقر في بند ثالث خاص على القيود حيث ينص بنده الثالث على أنّه :«**لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الامن القومي او النظام العام او الصحة العامة او الآداب العامة او حقوق الاخرين وحرياتهم، وتكون متمشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد**».

ونفس الامر يرد فيما يتعلق بعلانية الجلسات، فالمادة 15 تنص أنّ: «**الناس سواء امام القضاء، ومن حق كل فرد (...)، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة وحيادية (...)**»، وتورد نفس المادة قيود حيث أنّه: «**(...) يجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها او بعضها لدواعي الآداب العامة او النظام العام او الامن القومي في مجتمع ديمقراطي او مقتضيات حرمة الحياة الخاصة(...)**».

وهكذا، ففي المادة 18 التي تضمن حرية الفكر والوجدان والدين: «**لا يجوز إخضاع حرية الانسان في اظهاره دينه أو معتقده، الا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الاخرين وحرياتهم الأساسية**»، وبنفس المنطق تنص المادة 19 على أن: «**لكل انسان حق في اعتناق اراء دون مضايقة**»، ولترتب أنه: «**يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون أو أن تكون ضرورية:**

أ- **لاحترام حقوق الاخرين أو سمعتهم،**

ب- **لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الحصة العامة أو الآداب العامة.**»، وليعاد التأكيد على الحضور القوي لمفهوم النظام العام، متلازم مع تقرير ضمانة كل حرية، الذين يرد عليها في هذا النص الاتفاقي كقيد مشروط، وهكذا، فالمادة 21 تنص على أنّ: «**يكون الحق في التجمع السلمي معترفا به، ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق الا تلك التي تفرض طبقا للقانون**

---

[1]Ibidem, P.35.

وتشكل تدابير ضرورية، فيمجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الاخرين و حرياتهم».

وقد أوردها كذلك العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حيث أن الحق في تكوين النقابات، و: «**لا يجوز اخضاع ممارسة هذا الحق لأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الاخرين وحرياتهم.**» (المادة 08من العهد).

نلاحظ أمرين في مجموعة هذه الأحكام الاتفاقية، تسهم في تعريف النظام العام، فأمّا الأمر الأول، فيتضمن التعريف السلبي، بالنظر للحوق والحريات، فهي عبارة عن مجموعة "تقييدات" على تلك الحقوق والحريات، وأما الأمر الثاني فيتعلق بإدراج: "حقوق الغير وحرياتهم" ضمن هذه التضييقات أي "الحدود" التي ترد على هذه الحريات والحقوق.

نستخلص من المعايير الدستورية مجتمعة، وخاصة من مضمون المادة 63 من دستور 28 نوفمبر 1996(المادة 60 من دستور 23فبراير 1989)، ومن مضمون الحيثية المتضمنة في قرار المجلس الدستوري حول الانتخابات لأوت 1989، تعريفا للنظام العام، يدعّم ما تضمنه العهدين الدوليين، حيث يتطابقان في نفس المضمون والعناصر. ولا شك في تأثير تلك الاتفاقيات في مضمون اجتهاد المجلس الدستوري.

ومهما يكن، فإنّ الأحكام الاتفاقية، كما أوردناها، تختلف عن مضمون الحيثية بحكم أنها تورد بنود خاصة لتقييد تلك الحقوق، فيفهم أنّ النظام العام يرِد على بعض الحقوق والحريات دون أخرى، في حين يفترض أنّ النظام العام يرد عليها جميعا في تفسير المجلس الدستوري رغم أنه انطلق من حق الترشح ومن عدم دستورية شرط الجنسية الأصلية لزوج المترشح لمنصب رئيس الجمهورية. وبالتالي فإن النظام العام لا يرد على الحقوق والحريات غير المذكورة بالتقييدات فهو يعدد تلك التقييدات في المواد 12و14و18و19و21و22، كما أوردناها.

فالاتفاقية تسمح للدول، كقاعدة عامة، ايراد التقييدات العامة المتعلقة بميدان واسع للنظام العام، على بعض الحقوق المعددة في نصوصها.

يمكن، من تفحص تلك الحيثية النادرة، أن نلاحظ تبني المجلس الدستوري "للنظرية الداخلية" حسب تعبير Schwartz، حيث أن فكرة "القيود" تعوض بفكرة (مجال) مدى الحقوق[1*]، فيصب تعريفها يتضمن أثارها من حيث القدرة على التصرف ومجالها وحدوده. ويترتب على ذلك، صعوبة التمييز بين الحرية وحدودها، والنتيجة، صعوبة تعريف النظام العام. ومما يظهر هذه الصعوبة عدم تكرار هذه الحيثية في اراء وقرارات المجلس الدستوري، فلم نعثر عليها، بخلاف التأكيد المتكرر على وظيفة القانون كضمانة الحقوق والحريات، دون ربطها بوظيفة التقييد. وقد كان سلوك المجلس الدستوري ثابتا ومستقرا يتميز بنفس التفسير لوظيفة القانون، خاصة فيما يتعلق بالحقوق السياسية، فلم يحدث أن طرحت مسألة تتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

ويمكن إبراز ذلك التصور عبر سلسلة من اجتهادات المجلس الدستوري، في آرائه وقرارته، فقد حرص على ضمانة تلك الحقوق واعتبار تلك التقييدات غير دستورية في دفاعه عن نظام عام جديد. ففي رأيه رقم 01 المتعلق بمراقبة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية[2]، فقد اعتبر أن بعض أحكام الأمر: «**قد وضعت شروطا يكون أثرها تضييق حق انشاء الأحزاب السياسية الذي يعترف به ويضمنه الدستور في الفقرة الأولى من المادة 42منه**»، فهو يعتبر أن المؤسس الدستوري قد وضع قيودا دستورية، وأن القيود التشريعية لا علاقة لها بتلك الشروط، والذي يؤسسه المجلس الدستوري على الحيثية التالية التي ستتكرر، ف: «**اعتبارا أن دور القانون هو تطبيق المبدأ الدستوري بالنص على إجراءات وكيفيات ممارسته وليس تقليصه أو افراغه من محتواه بفرض قيود عليه**»، وقد كانت تلك القيود تتعلق بالإقامة المنتظمة لمدة 10 سنوات في التراب الوطني، وكذا حصول الأعضاء المؤسسين على الجنسية الجزائرية الأصلية او المكتسبة منذ 10 سنوات، وليواصل في حيثية أخرى التأكيد على: «**تدخل المشرع خاصة في مجال الحقوق والحريات الفردية والجماعية يجب أن يهدف الى ضمان ممارسة فعلية للحق أو الحرية المعترف بهما دستوريا**». وقد أكّد على وظيفة القانون، بمناسبة تناول الحق النقابي للقضاة حيث اعتبر المجلس الدستوري: «**(...) أنه اذا كان للمشرع الحق في وضع شروط لممارسة الحق النقابي نظر الخصوصية مهنة القاضي، الا أنه لا يستطيع تقييد هذا الحق الدستوري**»،

[1]Ibid, P.41.
* «l'idée de limité serait "remplace" par celle de l'étendue du droit».
[2]رأي رقم 01/ق.ع.ض/م.د/ المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997، يتعلّق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلّق بالأحزاب السياسية، ص 47.

فهو يعتبر: «(...) **أن الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين، دون قيد أو شرط، بمقتضى المادة 56 من الدستور**»[1]، وبالتالي فإنّ اجبار القاضي على التصريح بذلك لدى وزير العدل، حتى يتمكن من اتخاذ التدابير الضرورية للمحافظة على استقلالية وكرامة القضاء، فيعد ذلك التصريح بالنشاط النقابي لدى وزير العدل، «**من شأنه المساس بإرادة المؤسس الدستوري الضامنة لممارسة جميع المواطنين للحق النقابي**».

يتبين لنا، حرص المجلس الدستوري على وظيفة "الحماية" التي يؤديها القانون أكثر من وظيفة التقييد، بل أن المجلس الدستوري حريص على اسقاط تلك التقييدات في سبيل ضمانة الحريات الدستورية، مما يرتبه من تقليص لمجال النظام العام.

يبدو المجلس الدستوري الحارس على حماية مجال الحقوق والحريات، مما يؤكد على تبنيه لفكرة وحدة الحق، فهو يعالج مداه ومجاله، فلا يميز بينه وبين القيود الواردة عليه، كما الأمر في الاتفاقيات، كما أبرزناه.

وهكذا، فإنّ هذا التصور الدستوري يمس بالتصور التقليدي للنظام العام، والذي يجعله موجودا ضمنيا كقيد على الحريات فتوسيعه لمجال الحقوق والحريات واسقاطه لجميع الشروط والتقييدات الواردة عليها، يجعله يتوارى، حتى في وجوده الضمني، فهو قيد ضمني. يترتب عن ذلك أنّ المشرع المختص بـ: «(...) نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية» (المادة1/122 من الدستور)، فهو الذي ينظم شروط ممارستها، كما القيود الواردة عليها، فلا ينظم المؤسس الدستوري أية حرية وبالتالي، فيبدو المشرع، عبر القانون "المعبر عن الارادة العامة" (حيثية المجلس الدستوري في قراره رقم 2 حول النائب)، هو المختص بتنظيمها، فدور القانون هو تجسيد الدستور، فالمشرع مختص بالنص على إجراءات وكيفيات ممارسة أي حق، فتدخله يهدف الى ضمان ممارسته فعليا، فيمنع عليه تقليص مدى تلك الحقوق بفرض قيود على الحقوق الدستورية.

نستنتج، من تفسير المجلس الدستوري، أنّ المؤسس الدستوري يختص بإيراد التقييدات من نفس الطبيعة الدستورية على الحقوق الدستورية، ويمكن أن نلاحظ أن حرية تأسيس الأحزاب السياسية هي

---

[1] رأي رقم 02/ ر.ق.م/م.د/04 مؤرخ في 6 رجب عام 1425 الموافق 22 غشت سنة 2004، يتعلق بمراقبة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، في آراء وقرارات المجلس الدستوري (1989–2012) صادر عن المجلس الدستوري، ص 18.

الحرية الوحيدة التي اقام لها المؤسس الدستوري قيودا دستورية في صلب النص الدستوري، سواء في دستور فبراير 1989 أو دستور 28 نوفمبر 1996، بما يمكن وصفه "بنظام عام دستوري"[1].

وعموما، فإنّ المشرع لا يملك حرية تحديد مضمون ومحتوى الحقوق والحريات، فهو مضمون ومحتوى دستوري، فيعود له تجسيده دون افراغه من محتواه، كما جاء في تعبير المجلس الدستوري، فنستنتج أن ليس له أن يورد التقييدات بشكل عام، ولكن دون مجال دستوري محدد يخص بعض الحقوق والحريات، التي اعتبرها أساسية، فأدرجها في المجال العضوي، وليضمن لها حماية دستورية أشد، فأخضعها لرقابة المطابقة الدستورية، كما أوردها ي المادة 123 من دستور 28 نوفمبر 1996 التي يشرّع فيها بقوانين عضوية كحق تأسيس الأحزاب والانتخاب والاعلام.

وقد لاحظنا أنّ هذه الحقوق الثلاثة من أكثر الحقوق والحريات تقييدا، فأمّا ما تعلق بحرية الأحزاب فقد قام بتأسيس ودسترة "نظام عام دستوري" في المادة 42، حيث كان ذلك موجود في دستور 23 فبراير 1989(المادة 40)، وما نتج من اجتهادات القضاء الإداري. وأمّا ما تعلق بالانتخابات، فأهم ما يمكن ذكره في هذا المنطق ما تضمنته المادة 73 من دستور 28 نوفمبر 1996، من حيث تشديد شروط الترشح لرئاسة الجمهورية التي عمقت نص المادة 70 من دستور فبراير 1989، بما يمكن تكييفه بنظام عام يرد على حرية الترشح، والذي دافع عنه المجلس الدستوري، دون أن يكون عرضه للمساس به، حيث اعتبر أن: «**(...) محرر الدستور، اعتمادا على طبيعة الاختصاصات المسندة الى رئيس الجمهورية قرر أن تحدد شروط قابليته للانتخاب مقاييس تسمو على كل الشروط التي يجب أن تتوفر في المترشحين لأية مهمة انتخابية أخرى كما أن المادة 70 من الدستور، ضبطت في هذا الصدد بكيفية حصرية شروط قابلية الانتخاب لرئاسة الجمهورية**» بالنظرة لأحكام الدستور، التي تنص على «**أن رئيس الجمهورية، رئيس الدولة يجسد وحدة الأمة، وهو حامي الدستور**» كما جاء في حيثية المجلس الدستوري في قرار رقم 01 المتعلق بقانون الانتخابات لـ 20 غشت 1989.

فاجتهاد المجلس أبرز وظيفتين وهما: وظيفة "الضمانة" أو "الحماية" ووظيفة "التقييد"، فالتضييقات الضرورية المتمثلة في النظام العام لا تتخذ إلا "بغية حماية الحريات والحقوق الواردة في الدستور ثم

[1] سنتناوله بالتفاصيل في الباب الثاني–الفصل الأول–المبحث الثاني–المطلب الثاني "الطائفة الدستورية".

ضمان أثرها الكامل. فالتضييق استثنائي"و"مشروط" بحماية الحقوق والحريات الأساسية في حالة الضرورة. أي شرط الضرورة.

إنّ القاضي الدستوري ربط تلك الوظيفتين بالديمقراطية فهو يضع النظام العام في الإطار الديمقراطي. إن ذلك يسهم في تأسيس نظام عام جديد في قطيعة مع "النظام العام القديم" القائم على الدفاع على "المكتسبات الاشتراكية" كحقوق اجتماعية واقتصادية، وخاصة من قبل القاضي الذي أسهم في الدفاع عن تلك المكتسبات وحمايتها. (المادة 17 من دستور 1976)

والحقيقة أنّ القاضي الدستوري بذلك قد أطر الوظيفة التشريعية. فهو يؤطرها في إطار موضوعها، فهي لا تستطيع أن تحذف كما في القرار المذكور أو تعدل أو تكمل أحكام تشريعية كما تشاء. فهي تقع في تصور موجود ولكنه بالنسبة للجزائر. فهو جديد وقوي.

فهي في خدمة "فعلية" effectivité هذه الحقوق والحريات، بهدف "ضمان أثرها كامل".

فالأمر يتعلق بوظيفة "سلبية" تتعلق بحماية الحقوق والحريات من أي مساس من قبل المشرع، كما حدث في القرار رقم 01 للمجلس الدستوري في ما يتعلق بالترشح كحق، وبوظيفة إيجابية تتعلق بترقيها أي"ضمان أثرهاالكامل".

إن هذا يقلص من "حرية المشرع" فالأمر يعود إلى الدستور.

وهو من جهة أخرى وكوظيفة سلبية، يؤكد الوجهl'aspectالدفاعي للحقوق والحريات، فالأمر يتعلق بمنطق ليبرالي الذي هدفه هو تقليص نشاط السلطة العمومية وتوسيع دائرة نشاط الأفراد[1].

ويظهر "النظام العام" كتقييدات ضرورية في "مجتمع ديمقراطي"فهذه التضييقات فهي بالضرورة تقييدات استثنائية، وبالتالي فإن ذلك يسمح لنا بتقرير أن المبدأ والأصل: هو الحرية، وأن الاستثناء هو الضبط.كتعبير مكرس لمفهوم الضبط الإداري

إنّ مفهوم النظام العام انبثق من مفهوم جديد للقانون وكنظرة جديدة لعمل واختصاص المشرع. فقد استخلصنا ذلك المفهوم من المنطق الجديد الذي يجعل المشرع مجرد "مجسد" للدستور أي مجسد للحقوق

[1]ARIANE Vidal naquet, les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du conseil constitutionnel. Edition panthéon .assas L.J.D.J. 2007, p263.

والحريات فهو لا يملك أي سلطة تقديرية في مجال الحقوق مبدئيا وينبثق النظام العام، كمفهوم "احتياطي" و"مشتق""résiduel"و"dérivé". فلا يملك أي استقلالية فهو مفهوم "وظيفي" يؤدي وظيفة حماية الحقوق.

(2)تأسيس مجال دستوري للضبط الإداري:حدد اجتهاد القضاء الدستوري مستويين من الاختصاص وبالتالي التأهيل. فالنظام العام الذي على المشرع احترامه، يسمح وعلى هذا الأساس بتكليف السلطة الإدارية.

فالأمر واضح من خلال المادة 122، فإذا كان المشرع هو المختص فقد منعه المجلس الدستوري من إيراد الاستثناءات.

يستنتج أنّ الحقوق والحريات محمية دستوريا، فلا ترد عليها الاستثناءات إلا بترخيص دستوري. ذلك ما تم في المادة 91 التي أسست لحالتي الحصار والطوارئ كحالة استثنائية، في مستوى أول. وأما على المستوى الثاني فقد سمح بذلك عبر قانون عضوي ينظم الحالتين.

فهو بذلك يقرر استرجاع المشرع لاختصاصه ولكن تنظيمها يكون بقانون عضوي ممّا يعدّ "دسترة قوية" لها.

وهكذا يصبح اختصاص الإدارة مقلصا، فهي لا تملك سلطة تقديرية في تحديد مجال الضبط، فهي ملزمة باحترام الحقوق والحريات.

ولكن مصطلح "النظام العام" الواسع يترك مجالا واسعا للسلطة التقديرية للإدارة وحتى القاضي. فمها يكن فإن طبيعة عملية الضبط وواقعيتها تفرض نوع من السلطة التقديرية للإدارة. فيعود للإدارة تقدير الوقائع وتحديد عناصر النظام العام الواجب حمايتها، فتكتسب الإدارة عبر سعة المفهوم نوعا من الاستقلالية، رغم ما يفترض من التأطير التشريعي.

ولكن التعديل الدستوري لـ 1996، وتفسيرات المجلس الدستوري لتوزيع المجالات التي اعتبر مبدأ أساسيا وهو يمارسها عبر احترام المبدأ الدستوري لتوزيع المجالات، حيث فسّر المجلس الدستوري إرادة المؤسس الدستوري بأن اقام فصلا واضحا، حيث أقام تمييزا بين الميدان الدستوري والميدان التشريعي فيما يتعلق بالنظام القانوني للنظام العام، كما استقرت عليه اجتهادات المجلس الدستوري حيث كان يحرص

على الفصل بين المجالات بشكل عام، وخاصة حماية المجال الدستوري، والذي جعله يحرص، بمناسبة المراقبة لدستورية القوانين العضوية، على حماية مجال القانون العضوي، من تدخل المشرع العادي، لأنّ ذلك، في تفسيره، يمس بالدستور وبالهرمية الدستورية[1]، فيعود للدستور، تنظيم الحالات الاستثنائية، والمكملة بقوانين عضوية، ويعود للمشرع تنظيمها في الظروف العادية.

الفرع الثاني: إسهام دستور 28 نوفمبر 1996: دسترة صريحة

أسهم التعديل الدستوري في دسترة "نواة صلبة" من عناصر النظام العام، سواء من حيث تحديد مضمونه(الفقرة الأولى)، وخاصة من حيث أمن الدولة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحديد مضمونه

إنّ هذه الدسترة التي تبدو متأخرة، ولكنها في نفس الوقت محاولة للتوفيق بين المتطلبات الواقعية المرتبطة بالضرورة العملية وبين متطلبات دولة حقوق تريد فرض وجودها القانوني.

نستطيع الاستنتاج، بالنسبة لمفهوم النظام العام في النظام الجزائري، أنه يختلف عن مفهومه في فرنسا، الذي قدمه Schwarz "منشطرا" بين ذلك المنبثق عن الاتفاقيات الدولة المتعلقة بحقوق الانسان، وذلك المنبثق من المعايير الدستورية، بما تطرح مسألة وحدته، بينما الأمر في النظام الجزائري مبني على أساس مختلف.

فبحكم الاندماج الحاصل بين الدستور والاتفاقيات، الذي حصل منه اندماج الاتفاقيات في "الطائفة الدستورية"[2]، فإننا نتوصل الى نتيجة مختلفة، حيث أن ذلك يؤثر على مفهوم النظام العام.

فاذا كانت الاتفاقيات تقدم لنا مفهوما محددا بعناصر معينة التي استنتجناها من التقييدات الواردة حصرا على بعض الحقوق والحريات دون الحقوق الأخرى، فإنّ مفهوم النظام العام محدد بصفة "ضمنية" في الحيثية المذكورة، وهو مفهوم عام بحكم أنّ التقييدات مبدئية ترد على جميع الحقوق والحريات، وليس على حريات معيّنة.

---

[1] Djebbar abdelmadjid, la hiérarchie des normes dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Revue IDARA N°42, 2011.

[2] رأي رقم 02/ر.م.د/12 مؤرخ في 14 صفر 1433 الموافق 8 يناير سنة 2012 يتعلق بمراقبة القانون العضوي للإعلام، للدستور في: "آراء وقرارات المجلس الدستوري(1989-2012)"، صادر عن المجلس الدستوري، ص 293.

ولكننا نستخلص أنّه، واعمالا لوحدة الطائفة الدستورية (أي اندماج الاتفاقيات في الطائفة الدستورية)، فإنّنا نحصل على "نظام عام مدستر" تتكون عناصره من تلك المذكورة في الاتفاقيات (العهدين الدوليين لسنة 1966 خصوصا)، وتلك المضمنة في دستور فبراير 1989(المادة 23 منه و42 خصوصا) وكذا ما جاء في القوانين العضوية الخاصة المتعلقة بالانتخابات والاعلام والأحزاب، والمجسّدة في "نظام عام تشريعي" الناتج عن ما اقتضته حيثية المجلس الدستوري المشار اليها.

وقد جاء التأكيد علىذلك بمناسبة تناول حرية الاعلام، حيث أورد القانون العضوي الأخير لسنة 2012 سلسلة قيود يجب احترامها، متكونة من 10 بنود، في مجال واسع الذي يمكن اعتبارها مجموعة تقييدات، وتكييفها بكونها مكونات للنظام العام، بما يمكن اعتباره نظام عام شبه دستوري، فهو، بحكم تضمينه في قانون عضوي، بما يجعله يتطعم بـ" شحنة دستورية"، وبحكم الرقابة الدستورية القبلية التي مارسها المجلس الدستوري، حيث ارتئى المجلس الدستوري في رقابته للقانون العضوي للإعلام[1]، أما احكام القانون العضوي، موضوع الاخطار، مطابقة للدستور باستثناء تحفظ تفسيري واحد، وعدم مطابقة جزئية، ونستنتج، وبالتالي دستورية المادة الثانية من القانون العضوي[2].

ولقد ادى تبني مضمون القانون العضوي للإعلام الى توسيع مجال النظام العام الى كل عناصره، بأوسع مفهوم، بما يتوافق مع كل المعطيات الدستورية سواء، تلك المستمدة من الدستور مباشرة، أو التي استفادت من دسترة غير مباشرة نتيجة لتفسير المجلس الدستوري.

فهكذا، نلاحظ ان النظام العام يستوعب كل عناصر الدسترة الشكلية والمادية.

---

[1] المادة الثانية من القانون العضوي المتعلق بالإعلام:

"يمارس نشاط الإعلام بحرية في إطار أحكام هذا القانون العضوي والتشريع والتنظيم المعمول بهما وفي ظل احترام:

- الدستور وقوانين الجمهورية.
- الدين الإسلامي وباقي الأديان.
- الهوية الوطنية والقيم الثقافية للمجتمع.
- السيادة الوطنية والوحدة الوطنية.
- متطلبات أمن الدولة والدفاع الوطني.
- متطلبات النظام العام.
- المصالح الاقتصادية للبلاد.
- مهام والتزامات الخدمة العمومية.
- الطابع التعددي للآراء والأفكار.
- كرامة الإنسان والحريات الفردية والجماعية.

[2] الباب الثاني، الفصل الأول، المبحث الأول، المطلب الثاني.

فقد دستر تعديل 1996 مفهوم الأمن في محتواه المزدوجأمن الأشخاص والممتلكات، وأمن الدولة المتمثل «فالفكر الليبرالي كان يتحاشى أي شكل إداري للضبط، لأنها تمثل أكثر المخاطر على الحرية»[1].

وقد أصبح عنصر الامن كأهم عنصر في تعريف الإدارة العمومية، حسب اجتهاد محكمة العدل للاتحاد الأوروبي، الذي قدمه الأستاذ Gerard ndam، التي ترتكز على بعد مزدوج: أحدهما داخلي: الضبط Police وثانيهما خارجي: الدفاع الوطني[2].

وبالنسبة للجزائر، فان الدستور يقيم تمييزا بين الدفاع الوطني (المادة27/122 والامن الوطني المادة 123) ليرى الأستاذ بوسماح من ان: «**التعبيرات الدستورية: القواعد العامة للدفاع الوطني (المادة 27/122) والامن الوطني (المادة 123) هي تعبيرات مترادفة، تستغرق بعضها البعض**»[*3]، ليضيف الأستاذ العقون ملاحظة أخرى حول التمييز القائم بين النظام العام والدفاع الوطني ليرى: «**ضرورة تجاوز ذلك لصالح مفهوم ونطاق قانوني موحدين: هما المتعلقان بالأمن الوطني**»[*4].

ومهما يمكن، فهما مكرسين كعنصرين لنظام واحد، يستمدان وجودهما من الدستور مباشرة.

إن هذه الفكرة والتصور القائم على التخوف على الحريات اقتضى تقليص ميدان وعناصر الضبط الإداري إلى أقصى حد. فالتصور التقليدي قائم على حماية نظام عام "طبيعي"، فالمطلوب حماية ما هو كائن بشكل تلقائي من الحرية وغياب الاضطراب ولهذا فإن تعريف الضبط الإداري في فرنسا كان تعريفا سلبيا، كما قدمه houriou، فهو يهدف إلى الحفاظ على الأمن والسكينة والصحة العموميتين، فالتعريف السلبي يسهم في الهدف المقصود وهو تحديد سلطة الإدارة.

---

[1]Etienne picard, la notion de police administrative, Tome 2, p.460.

* "la pensée libérale aurait ainsi voulu qu'il n'y ait pas de la forme administrative de la police, par ce que c'est elle qui présentait le plus de risques pour la liberté"

[2] Gérard Pekassa Ndam, la notion d'administration publique dans la jurisprudence de la cour de justice de l'union européenne, R.D.P, N°2. 2012, p.366.

[3]Boussoumah mohamed, fondements constitutionnelsde la défense nationale, l[eres] JEP, Edition ANEP, 2003.

[*] «(…)les locutions constitutionnelle règlesgénérales de la défense nationale (art 122/27) et la sécurité sont synonymes, font qu'elles les notions se recouvrent», p.62.

[4]Laggoune Walid, ordre public et défense nationale: fondements et limites d'une distinction, Actes des 1[ères] JEP/DN pour un débat citoyen sur la défense national en Edition ANEP, 2003.

[*] «la nécessité de son dépassement au profit d'une notion et d'un régime juridique plus opératoires que ceux de la sécurité national», p.67.

فقد أقصر المؤسس الدستوري الدسترة على عنصر "أمن المواطن"، فجعله مسؤولية الدولة في المادة 23 من دستور فبراير 1989.

ظهر مفهوم "الأمن" في دستور 1976 بصورة محتشمة إلى جانب الحقوق التي كرسها دستور 1976 وفقا للاختيار الاشتراكي، التي تجد ما يسمى "الحقوق الفعلية"بدل "الحقوق الشكلية" الموصوفة بأنها حقوق "بورجوازية" تكرس خيار الليبرالية.

فهو مذكور في ثنايا نص المادة 33 من الدستور، فهو عنصر من عناصر :«الدولة المسؤولة عن ظروف حياة كل مواطن»[1]، فهو يندرج في هذا الإطار كما نصت عليها الفقرة الأولى من المادة المذكورة.

وهو مقرون إذن بالكرامة، وفي إطار شامل لا يعترف به كحق مستقل قائم بذاته.

ويمكن تبرير هذا بقوة الإيديولوجية الاشتراكية التي تعتبر الأمن أمر ثانوي وكحق مضمون ضمنيا، لأن الحقوق الحقيقة هو ما تعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، فتوفير هذه الحقوق من قبل الدولة يبعد شبح الصراعات الاجتماعية، وبالتالي فلا حاجة في مجتمع اشتراكي للأمن بصفة ملحّة، فهو نتيجة ومحصلة لتحقق الحقوق "الفعلية".

وقد نص دستور 23 فيفري 1989 على «أمن المواطن(المادة 23)»[2]، فبرز مفهوم "الأمن" كمهمة أساسية للدولة بدل المهام الاجتماعية والاقتصادية على غرار باقي الحقوق "الشكلية" التقليدية كالحريات الفردية.

وهو بذلك، اضحى مهمة دستورية تقع على عاتق الدولة. وهو يستفيد من "ترقية دستورية"بأن أصبح، بحكم تضمينه في معيار دستوري، هدف ذو طبيعة دستورية.

إنّ دستور 23فبراير 1989 يبرز مفهوم الأمن بشكل أوضح، فقد خصه بمادة مستقلة، فلم يعد موجودا بشكل ثانوي ضمن مجموعة من الحقوق ذات الطابع المادي، إن تكريس "هذه الاستقلالية الشكلية"

---

[1] المادة 33:" الدولة المسؤولة عن ظروف حياة كل مواطن

فهي تتكفل استيفاء حاجياته المادية والمعنوية، وبخاصة متطلباته المتعلقة بالكرامة والأمن،وهي تستهدف تحرير المواطن من الاستغلال والبطالة والمرض والجهل، تتكفل الدولة بحماية مواطنيها في الخارج"

[2] –المادة 23: تنص على:"الدولة مسؤولة على أمن كل مواطن"

يظهر المكانة التي أخذها "الأمن" في التصور الجديد لوظيفة الدولة. فهي تبرز كمهمة متميزة. وهي مهمة أساسية. فموقعها ضمن الفصل الثالث من الدستور المتعلق بالدولة يرشدنا إلى اعتبار مكانتها من مهام الدولة وكذا أولويتها.

إنّ إيرادها في الفصل المتعلق بالدولة هو تكريس للمهام الجديدة للدولة وفقا للتصور الليبرالي الذي يجعل من الأمن حقا أساسيا من بين الأربعة المذكورة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن[1].

إنّ الضبط الإداري الذي يتماه مع النظام العام، كما يرى ذلك الأستاذ Seiller، نظرا للصلة الوثيقة بينهما، حيث يمكن من اندماج مفهوم الضبط الإداري في النظام العام، فهما مفهومان قابلين للتبادل Interchangeables[2]كمهمة للدولة لم تنتظر الدستور لتكريسها فهي موجودة في التشريع، فمهام الأمن تعود للسلطة التنفيذية وفقا للنصوص القانونية. إن ذلك يعود أساسا للوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يعمل تحت سلطته، وهما يمارسانها كأعوان الدولة، فهي مهمة دولية، وإن وجدت أساسها القانوني في قانوني البلدية والولاية[3].

والحقيقة أنّ الدستور لم يحدد، إن كان الاختصاص وطنيا أو يمكن أن تمارسه الجماعات الإقليمية، فإن كان ذلك واضحا ، كما سبق وأن أشرنا له استنادا على قانوني البلدية والولاية (أي تشريعيا)، فالاختصاص يبدو دولتيا لأحكام قانون البلدية التي تمنع سلطة الضبط الإداري لرئيس المجلس الشعبي البلدي التي خلقت خلطا بالنظر لتمتع رئيس المجلس بصفتي ممثل الدولة وممثل البلدية، فقد اتخذت بعض المجالس المنتخبة مداولات في هذا الميدان، والتي قضى القضاء الإداري بعدم شرعيتها على أساس عدم اختصاص المجلس الشعبي البلدي بذلك، ونذكر ذلك في قرار أوكاكاس وخماس ضد بلدية بودواو[4] الذي أسس القاضي حكمه بعدم الاختصاص على أساس أنّ ذلك الاختصاص يعود لرئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا للدولة، ولا يعود للمجلس البلدي ذلك الاختصاص بالضبط الإداري.

[1]Liberté propriété, sécurité, résistance à l'oppression.
[2]B. Seiller, Droit administratif, L'action administrative, op.cit. p88.

[3]قانون البلدية رقم 11-10.

وقانون 12-07.

[4]قرارأوكاكاسوخماسضدبلديةبودواو، سنة 1976، غير منشور.

وقد وضّح التعديل الدستوري للدستور الفرنسي الذي تمّ بواسطة قانون 28 مارس 2003 هذه المسألة وحسمها عندما نصّ في المادة 73 منه على الاختصاصات التي يمكن أن تؤهل بممارستها بعض الجماعات الإقليمية والتي تعود الى ميدان القانون. فقد نصّت المادة 73 على أنّه: «(...) إنّ الجماعات (...) يمكن أن تؤهل بواسطة القانون بأن تحدد بنفسها القواعد المطبقة على إقليمها (...) فهذه القواعد لا تمسّ الجنسية والقواعد المدنية، ضمانات الحريات العامة، (...) والدفاع، **الأمن والنظام العام** (...)».

إنّ قانوني البلدية والولاية منحت الأساس القانوني لسلطة الضبط الإداري في الدولة، فالإدارة هي التي تسهر على ذلك كما تحدده النصوص القانونية بصفة أساسية.

فهي قامت بتحديد ثلاثة أمور فأما الأمر الأول يتعلق بمضمون مهام الحفاظ على النظام العام، أي أوردت عناصره الأساسية والأمر الثاني فيتعلق بالهيئات الإدارية المكلفة بذلك وأخيرا الأمر الثالث فيتعلق بتحديد الوسائل المتمثلة أساسا في القوة العمومية.

وإن كان أمر السلطة الضبطية الوطنية لا يجد له أساسا واضحا في الدستور، ولا توجد أي مادة تحدد السلطة الوطنية، ولا تجدها كذلك في النصوص التشريعية، فهي تستفيد من وجود تنظيمي يتعلق أساسا بتنظيم الإدارات القائمة على الأمن الوطني من شرطة ودرك وطني.

وكان إسهام دستور 1996 هو في تحديد مفهوم الأمن، فالأمر يتعلق بأمن "الأشخاص والممتلكات"، فقد حدده ودققه في هذين العنصرين. فهو دسترة عُنْصُرَيْ الأمن: أمن الأشخاص والممتلكات وهو الميدان الذي رسمته أبرزته المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتعلق بحالة الطوارئ، خاصة، والذي كرّسه تشريعيا بصفة مستمرة في كل النصوص، سواء المتعلقة بالّا مركزية، أو القانون 91-23.

فتبدو دسترة "جزئية" لبعض عناصر النظام العام. فهي تضييق لميدان الضبط، ويمكن القول أنّه دستره لأهم عناصره، لأن عناصره الأخرى كالصحة مدسترة في مادة أخرى (المادة54).

فالدستور يكون بذلك قد حدّد "نواة صلبة" للضبط الإداري، وهي في الحقيقة دسترة لبعض العناصر المذكورة في التشريع، كقانون البلدية الذي يذكر أهم العناصر[1].

فقد نصت المادة 88 من القانون 11-10 على أن: «**يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت اشراف الوالي بما يأتي: -السهر على النظام والسكينة والنظافة العمومية.**»، وهو يعدّدها في المادة 94، فهو يمنح رئيس المجلس الشعبي البلدي سلطة اتخاذ كل التدابير الضرورية وكل التدابير الوقائية (المادة 89)، وهي نفس الأحكام المدرجة في القانون السابق (90-08).

لقد كانت هذه الأحكام الجديدة تجسيد للتصورات القائمة على الحريات، وعلى تصور دولة القانون، وقد رأينا تلازم بين مفهوم دولة القانون ودور الدولة. وكذا التلازم بين ممارسة الضبط الإداري واحترام حقوق الانسان، فهكذا، فقد نص المشرع في المادة 1/94 من قانون البلدية على أنه: «**في إطار احترام حقوق وحريات المواطنين، يكلف رئيس المجلس الشعبي البلدي على الخصوص بما يأتي: -السهر على الحفاظ على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات، (...)**».

تأتي هذه الدسترة تتويجا لمسار يؤكد على وظيفة النظام العام في الحفاظ على الحرية والفردية (كما رأينا في قضية شرقي ضد وزير الداخلية)، وفي الحفاظ على الملكية (قضية عثمان محمد).

وقد جسد المشرع ذلك في قانون البلدية عندما ركز على ما تعلق بعنصر "أمن الأشخاص والممتلكات" سواء في القانون 90-08، في ظل دستور 23 فبراير 1989، أو في القانون 10/11، الذي جاء في ظل دستور 28 نوفمبر 1996 مما يظهر نفس التصور الدستوري، فقد نصت المادة 75 من القانون 90-08 على: «**المحافظة على النظام وسلامة الأشخاص والممتلكات** (...)»، والتي أعيد تأكيدها في القانون الجديد حيث نصت المادة 85 على سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي في أن: «**يتخذ (...) في اطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، كل الاحتياطات الضرورية والتدابير الوقائية لضمان سلامة وحماية الأشخاص والممتلكات**(...)»، والتي نعد اول وأهم عنصر من عناصر النظام العام حيث عاود المشرع التأكيد على أنّ رئيس المجلس الشعبي البلدي مكلف بـ: «**-السهر على المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات**»(المادة 94 من قانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية).

---

[1] المادة 75 من القانون 90-08 المتعلق بالبلدية، والمادة 94 من القانون رقم 10/11.

تبرز تلك الأحكام التشريعية المكانة المتميزة التي يحتلها أمن الأشخاص والممتلكات، من حيث تكرار التنصيص عليها، ومن حيث ابرازها كمكون أساسي من النظام العام، فالتوكيد اللفظي يحيل الى المضمون الأساسي الذي يكشف لنا إرادة المشرع الإصلاحي، خاصة في ظل دستور 23 فبراير 1989، حيث ظهرت لأول مرة، سواء في النص الدستوري، أو تجسيدها في النصوص ذات الطابع التشريعي.

والحقيقة، أنّ النصوص التنظيمية، وخاصة المرسوم المتعلق بصلاحيات الوالي، في مجال الحفاظ على النظام العام[1]، وقد تضمنت نفس التعبيرات والمصطلحات التي نعتبرها نتاج التفكير الليبيرالي، وخاصة التعبير المتعلق بأمن الأشخاص والممتلكات، وهكذا نجد ان المادة الثانية (02) أنه يجب على الوالي أن يتخذ جميع الإجراءات ذات الطابع التنظيمي لضمان: «**حماية الأشخاص والأملاك ومرورهم**»، حيث ذكرت كأول عنصر مما يظهر أهميتها في تفكير محرريها، ولتاتي: «المحافظة على الممتلكات العمومية» في مرتبة ثالثة، وليؤكد على ذلك، بالنسبة لرئيس الدائرة، والذي: «يسهر بمساعدة مصالح الأمن على حفظ النظام العام وعلى أمن الأملاك والأشخاص في الدائرة» (المادة25 من المرسوم).

وهكذا، فإننا، نكتشف تأصل تلك المفاهيم (او العناصر التقليدية للنظام العام) في النصوص السائدة منذ أول نص ذو طبيعة تشريعية، والتي جسدها المرسوم المذكور، حيث أن التعداد الذي جاء في نص أمريه قانون البلدية لسنة 1967 يذكر في الفصل الرابع المعنون بـ: "الاختصاصات المتعلقة بالشرطة"، فرئيس المجلس، مكلف بالخصوص بـ: «**المحافظة على الآداب العامة، وسلامة الأشخاص والأموال**» (المادة 236 من الأمر).

يظهر من خلال تناول المصطلحات نوعا من الاستمرارية في تبني نفس المصطلحات، وخاصة ما تعلق بأمن (أو سلامة) الأشخاص والممتلكات، فلم يؤثر فيها تغيّر الدساتير، ولم نجد الطابع الاشتراكي في تعداد أو في فلسفة النظام العام، فلم تؤثر الدسترة القوية للاختيار الاشتراكي في دستور 22 نوفمبر في ذلك، لا من حيث الشكل ولا من حيث المضمون.

وبالتالي، فان تلك الدسترة المكرسة في المادة 23من دستور 23فبراير 1989 والتي عمقتها ووضحتها المادة 24 من دسترة أمن الأشخاص والممتلكات، فهي "ترقية" لمفاهيم "تشريعية" راسخة في ضمير المشرع الذي كان مشبعا بالمعايير والنظم الليبيرالية، والتي يؤيدها ما جاء في مضمون الاجتهادات القضائية للقضاء الإداري (الغرفة الإدارية للمحكة العليا) التي تأخذ بالنظرة نفسها، ولعل قرار **خيال عبد**

---

[1] مرسوم رقم 83-373 مؤرخ في 28 مايو سنة 1983 يحدد سلطات الوالي في ميدان الأمن والمحافظة على النظام العام (جريدة رسمية رقم 22بتاريخ 32مايو 1983.)

الحميد ضد بلدية عين بنيان[1]حيث أنه، بمناسبة قضية تتعلق بالنظام العام وأثار القاضي واسس قراره على أساس الانحراف في استعمال السلطة، الذي هو نتاج تفكير ليبيرالي قام على حماية الصالح العام بمعنى ليبيرالي.

والحقيقة أن تصور دولة القانون الليبرالية: «يقصر أهداف ومهام الدولة على الحرية وامن الأشخاص والممتلكات»[2].

وإننا نشهد تعميم نفس المفاهيم المتعلقة بالنظام العام من أشد النظم الديمقراطية الراسخة في التنظيم والممارسة، والتي تحرص على تضمينها، بشكل صريح وواضح، وهكذا، فالدستور السويسري[3]، ينص في مادته 36 التي هي بعنوان: "**التقييدات على الحقوق الأساسية**"على أن: «**كل تضييق لحق أساسي يجب أن تؤسس على قاعدة قانونية. ويجب أن تخضع التقييدات الشديدة للتنصيص في قانون. ان حالات الخطر جدي، المباشر، والحال تعد محفوظة**»، وقد كان هذا التنصيص ما جاء في مضمون المادة 35 من ضرورة: "**تجسيد الحقوق الأساسية**" التي يجب تحقيقها في كامل النظام القانوني L'ordre juridique. كذلك، الأمر في الأنظمة الحديثة التي تحرص على تضمين نصوصها الدستورية كل التصورات الحديثة مركزة على استعمال أكثر المصطلحات تطورا، وهكذا، فان الدستوري المغربي المعدل، الذي جاء بعد أحداق 20فبراير 2011[4]، وقد نص الفصل 21 منه في فقرته الأولى على أن: «**لكل فرد الحق في سلامة شخصه وأقربائه، وحماية ممتلكاته**».

والحقيقة، أن ذلك التكريس المعولم، لا تكاد نقلت منه أي دسترة حديثة، والتي ارتبطت بنظرة ليبيرالية للنظام العام، والذي يجب الحفاظ عليه عموما، وما ينجر عنه من تجسيد يكاد ينحصر في بعد أساسي وهو أمن الأشخاص والممتلكات، وكأنه هو "الهدف الأساسي" الذي يخفي نطرة برجوازية ناشئة تحرص على حرياتهم التي اكتسبتها من الحق الاقتصادي.

---

[1] قضية خيال عبد الحميد ومن معه د رئيس بلدين عين بنيان

[2]W. BOCKONFORD, naissance et développement d'Etat de droit in " constitution démocratique'', p29.

[3]La Constitution fédérale de la confédération suisse, acceptée votation populaire du 18 avril 1999.

[4]المملكة المغربية، الجريدة الرسمية، النشرة العامة، مشروع الدستور المصادق عليه بالإستفتاء ص 2939، بتاريخ 14 رجب 1432 (17 يونيو 2011)، العدد 5952.

فالصلة قائمة بين هذه المهام التي تبدو واسعة، ومهام الضبط الإداري كممارسة إدارية، ف:«بعض مهام الضبط، بمعنى "إزالة العقبات الخارجية" يقصد بها الوقاية من المخاطر، تدرج ضمن الأهداف الشرعية لدولة القانون»[1].

إن النص على أن امن الأشخاص والممتلكات يعد تحديدا دستوريا لعناصر الضبط الإداري، فهي دون غيرها من العناصر استفادت من الحماية الدستورية، وهو سلوك نتيجة للتصور الليبرالي الذي يريد حصر مجال الإدارة في ما هو "ضروري" و"أساسي"، ففي نظام قائم على الحرية، فإن ما تعلق بالنظام العام ينحصر في أهم العناصر.

فتضييق مجال الإدارة تم على مستويين، فأما التضييق الأول فهو يتعلق تقريبا بحصر وظيفة الإدارة في الضبط، وأما التضييق الثاني فهو يتعلق بحصر مجال الضبط الإداري خاصة في الضبط الأمني، فهي العناصر الوحيدة التي تلقت "ترقية" بما يترتب عنها من نتائج من الحماية من قبل كل السلطات العمومية

إنّ هذا التصور المركز على عنصري الأمن، يؤدي إلى تصور "أمني" يعيدنا إلى مفهوم الدولة الحارسة، فهو لا يذكر العناصر الأخرى في ثلاثية النظام العام (الأمن والسكينة العامة والصحة العامة)، فهي أضيق مما جاء في التشريع عموما، وأضيق مما جاء في الاجتهاد القضائي[2].

وعلى خلاف النظام الفرنسي، فإن دسترة الضبط الإداري في الجزائر، استفاد من دسترة مباشرة، وقد تم ذلك في النصوص الدستورية، والتي كرّسها المشرّع، في القانون رقم 91-23 عندما تناول موضوع "الأمن العمومي" بشكل مستقل عن باقي النظام العام حيث كانت المادة 23 من دستور 1989 هي السند الدستوري.

في حين انه في فرنسا،فإن ظهور مصطلح "الأمن" كان ضمن ديباجة دستور 1946 مرتبطا بمفهوم "الأمن المادي"، وقد تأخر ظهور المصطلح الدستوري:"أمن الأشخاص والممتلكات"وقد تم ذلك

---

[1]mohl cite par BOCKONFORD, "certains missions de la police au sens de l'élimination d'obstacles extérieurs", c'est-à-dire la prévention des risques, sont comprises parmi les buts légitimes d'un Etat de droit.

[2]قرارات كثيرة في القضاء الإداري الجزائري.

عبر اجتهاد بالمجلس الدستور، وقد صنف المجلس ذلك "كمبدأ ذو طبيعة دستورية"...(قرار 22 جويلية 1980).

والحقيقة أن رجال القانون الفرنسيين اختلفوا في تحديد مجال الضبط الإداري، بين موسع ومضيق، وإن كان الاتفاق هو على أن ذلك يتم في علاقاتها بالحريات. فهناك اتفاق على التعريف السلبي ويظهر الاختلاف في التعريف الإيجابي أي في مداه.

فالأستاذ moreau ذكر أن[1]: «إنّ موضوع الضبط الإداري هو الوقاية من اضطرابات النظام العام، فحدود سلطات الضبط police تكمن في المساس بحرية عمومية، وليس في التعدي على الأمن والسكينة والصحة»[2].

فمفهوم النظام العام مرتبط بوظيفة في تحديد الحريات والتي تعتبر، بدورها جدية ومهما تكن زاوية النظر، فلا شك أن صلة النظام العام بالحقوق والحريات قائمة، فالجدلية القائمة بينهما محايثة لتعقد المجتمعات الحديثة ف: **«يعتبر نظاما عاما كل ما هو على قدر من الأهمية والذي يمس كنه المجتمع أو قانونه»**[3][*].

وقد أقام الأستاذ Picard تلك الصلة بينهما، حيث أن وظيفة النظام العام تتمثل أساسا في وضع التقييدات لضمان ممارسة الحقوق والحريات في "مجتمع ديمقراطي" حسب تعبير حيثية المجلس الدستوري، الي اجتهد في تفسير وظيفة القانون، الذي مهمته التوفيق بين حماية الحقوق والحريات وايراد التضييقات عليها، فتبدو وظيفة القانون محايثة لوظيفة النظام العام في النظام القانوني عموما.

وهكذا، فقد أخرج المجلس الدستوري الى العلن مفهوما "غامضا"[4]، كما وصفه رجال القانون في فرنسا، وحيث انه لم يؤسسه على أساس نص دستوري (مادة)، كما يحرص عليه، عادة المجلس في التأسيس النصي، وخاصة بالبحث عن مصطلح دستوري. ويبدو ان تلك الصعوبة لازمت الأنظمة

[1]"l'objet de la police générale est de prévenir les troubles a l'ordre public, les limites aux pouvoirs de police générale résidant dans l'atteinte à une liberté publique, e non dans le dépassement des rubrique sécurité tranquillité salubrité ".

[2]J moreau, police administratives, juris-classeur administratif, fascicule 200.

[3]Y. Meny et o. Duhamel, dictionnaire constitutionnel, P.U.F, Paris, p683.

[*] «est d'ordre public, ce qui est si important qu'est mise en question l'essence de la société ou de son droit».

[4]Pauline gervier, la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, L.G.D.J, p5.

السياسية التي تسعى الى إقامة الحريات، فتحاول استعاد كل المظاهر التي ترتبط بممارسة السلطة، وخاصة ما ارتبط بالإكراه، ونتيجة للتاريخ القاسي التي عانته تلك المجتمعات التي عاشت، اما في أنظمة تسلطية أو نظم أيديولوجية شمولية كالنازية والفاشية والستالينية. فقد كان مفهوم النظام العام "متخفيا" Notion discrète، رغم محايثته لفكرة النظام القانوني وقد كان ذلك تخوفا من قبل المؤسسين، وخاصة في فرنسا نظرا، من جهة لمطاطية المفهوم، ولوظيفته التقييدية للحقوق والحريات، من جهة أخرى.

فبالنسبة للأستاذين rivero و moutouh فالأمر يتعلق بـ"تضييقات مطلقة" فالأمر الأول يتعلق بعنصرين وهما:(حماية الأسس المادية للحياة الاجتماعية، أي النظام العام بالمعنى الدقيق أي الضبط الماديordre matériel، وأما الأمر الثاني فيتعلق بحماية الدولة، فهو:« الذي يسعى إلى أن يجعل حدا للحريات يتمثل في احترام القيم السياسية الأساسية التي تقوم عليها الدولة»)[1].

والحقيقة، أننا نجد موضوع الضبط الإداري قد كان يحتل مكانة في التصور السياسي للقاضي الإداري الفرنسي، فقد اعتبرت الأستاذة Loschack أن دوره ينطلق من مبدأ أساسي، «فباعترافهم بأولوية الحقوق الفردية، فإن الليبراليين منحوا الدولة مهمة ضمان ممارسة هاته الحقوق»[2].

فالأمر لذلك، كما تراه الأستاذة وعلى ضوء اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي يقتضي أمرين:"الحفاظ على النظام العام" وعلى "أمن الدولة".

ففي فرنسا، وفي ما يتعلق باجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي، كتبvimbert انه بعد تفحصه لمجموعة قرارات المجلس الدستوري يخلص إلى الاستنتاج الرئيسي هو أن: فكرة الأمن بمحتوىمزدوج المتمثل في: أمن الأشخاص والممتلكات، وأمن الدولة[3*].

---

[1]J,Rivero, Hougues moutouh, liberté publiques, tome 1,9eme édition,P.U.F. droit…p170.:'il tend a assigner comme limite aux libertés le respect des valeur politiques essentielles sur les quelles l'Etat se fond'.

[2]Danielle Loschack, le rôle politique du juge administratif francais", en reconnaissant la primauté des droits individuels, les libéraux donnent pour mission a l' Etat de garantir l'exercice de ces droit ". p187.

[4]-Christophe vimbert chronique constitutionnelle, l'ordre publique dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, R.D.P.1994. P698.

[*]«l'idée de sécurité, appréhende d'ailleurs dans une consistance duale sécurité des personnes sûreté de l'Etat».

رغم ذلك، فإن المؤلف يؤيد الفقه في اعتبار المفهوم غير محدد، ويرى أن المجلس لم يحدد بكفاية مفهوم النظام العام، وهو وافق في كثير من الأحيان، المشرع مخالفا للنواب الذين قاموا بالإخطار عندما اعتبروا مثلا: قانون تجريم الإرهاب لم يؤسس على أساس معايير موضوعية بل على أساس معايير ذاتية قائمة على التقدير الذاتيappréciation subjective فكل واحد يمكن له يشعر شعورا خاصا بما يعتبر لا أمن insécurité.

ويخلص إلى أنه :«بالتالي، فإن إي محاولة علمية للتعريف الدقيق للنظام العام بمضمونه آيلة للفشل» [1]، وقد ثارت التساؤلات في فرنسا حول هل هو: "هدف ذو قيمة دستورية" objectif de valeur constitutionnelle"؟، فـ: «**الحقوق والحريات المحددة من الدستور، تحلل كمبادئ وليست كأهداف، وباعتبارها كذلك، فهي تشكل حدودا لتدخل الدولة والتي يجب عليها السهر على المحافظة عليها**»[2][*]

وقد استعمل مصطلح "الأهداف ذات القيمة الدستورية" من طرف المجلس الدستوري الفرنسي لأول في قراره حول حرية الاتصال السمعي–البصري[3]، حيث أثير التساؤل حول طبيعتهم الدستورية ترى الباحثة anne lavade الطبيعة الدستورية، ودليلها في ذلك أن: «الأهداف الثلاثة الأولى المحددة صراحة من قبل المجلس الدستوري في قرار 27 جويلية 1982 هي: الحفاظ على النظام العام، احترام حريات الغير، والحفاظ على الطابع التعددي للتيارات المعبرة». فهي أساسية وغير قابلة للطعن فيها تتطابق مع المهام الأساسية التقليدية للدولة: فرغم عدم وجودها في النص الدستوري صرحة، فان متطلب الحفاظ على النظام العام، يعتبر، في الفلسفة السياسية، أحد أسس الدولة، والتي تبرز ممارسة الدولة لمهام الضبط الاداري[4]، وقد اعتبر Luchaire أن تلك القيمة الدستورية تفسر لكونها تطبق مبادئ دستورية فالحفاظ على النظام العام هو هدف ذو قيمة دستورية[5].

وإذا ما كان هو كذلك، فهل الأمر ينطبق على "الأمن"؟، وهل هو"حق" أو "مبدأ"؟.

---

[1]-" des lors, toute tentative scientifique de définir exactement l'ordre publique par son contenu parait vouée a l'échec ", p 703

[2]Anne levade, l'objectif de valeur constitutionnelle, Vingt ans après, in: Mélanges: l''équilibre des pouvoirs, p.689.

[*] «les droits et libertés (…) identifies par le constitutions s'analysent en principe et non et objectifs, en tant que tels, ils constituent au tant des limites à l'intervention de L'Etat qui doit veiller à leur préservation».

[3]D.C. N°82-141, 27 Juillet 1982.

[4]Ibid. p.694.

[5]Luchaire (Francois), Brèves remarque sur une création du conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle, R.F.D.C, N°64, 2005, p.677.

فالبعض كـ J.Robert يعتبره حقا، فقد كتب:«أن الأمن إلى جانب الحرية والملكية، هو أحد الحقوق الطبيعية للإنسان»[1]، في حين أعتبره المجلس الدستوري مبدأ دستوريا في قراره 80-127 (أمن وحرية)[2].

ففي الجزائر فإن الأمن من حيث مضمونه: فإن المادة 24 تجعله مسؤولية الدولة. فهل هو حق للمواطن؟، فهو حق للمواطن يقع على الإدارة القيام به،بهذا المعنى، فهو لا يفهم كقيد على الأفراد بل كواجب على الدولة.

ولكن المقتضى العام والمنطق يؤدي إلى اعتباره كقيد على الحريات، فهو من جهة ضمانه للأفراد وممتلكاتهم،ومن جهة اخرى وبالضرورة فهو قيد على حريتهم.

فأمن الأشخاص والممتلكات: "يظهر كقيد وكضامن لهذا الحق، أمن الأشخاص والممتلكات (...)"[3*].

إن النص على ذلك يطرح سؤالا هاما: هل يعتبر ذلك حقا للمواطن؟ وبالتالي يرتب أثارا تتعلق بالمطالبة به.

إن التحليل الشكلي للمادة 24 من الدستور يسمح لنا بالتأكيد على أن الأمن "مسؤولية الدولة".

إنّ نفس التساؤلات طرحها الفقه الفرنسي حول مضمون المادة الأولى من قانون 20جانفي 1995 المتعلقة بالأمن[4].

إن الحيثية التي أسست لاعتبار الحرية تتضمن ضمانا واحدا تنطبق على ضمان "أمن الأشخاص والممتلكات"المنصوص عليها في المادة 24 من الدستور.

---

[1]Jacques Robert, terrorisme, 'idéologie sécuritaire et libertés publiques', R.D.P, 1986, p1651.

[2]-D.C.n° 127,SECUIRITE ET LIBERTE .G.D.C.C.8eme édition.1995 . DALLOZ . P. 418

[3]Picard, op.cit. p19.

[*] «qui apparaissent autant restrictifs que protecteurs de ces droit(la sécurité des personnes et des leus).».

[4]-art 1[er]:"la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives".

فيمكن تأسيس هذا "الضمان والحد" للحرية على الحيثية التي جاءت في قرار نظام الانتخابات كما يمكن تأسيسها تأسيسا نصيا على أساس المادة 63 من الدستور التي تنص على أن:"يمارس كل واحد جميع حرياته، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور...".

وليخص المؤسس الدستوري بالتنصيص: «(...)**ولا سيما احترام الحق في الشرف، وستر الحياة الخاصة، وحماية الأسرة والشبيبة وطفولة**» (المادة60 من دستور 23فبراير).

وقد أثار المجلس الدستوري هذه المادة في رأيه المتعلق بمراقبة مطابقة المعدل المتمم للقانون العضوي للانتخابات[1]، حيث أنه في تفسير لما نص عليه القانون من الحصول على نسخة من القائمة الانتخابية، فقد اعتبر المجلس الدستوري: «**أن هدف المشرع حين مكن بعض الأشخاص من الحصول على نسخة من القائمة الانتخابية البلدية، كان لتقرير حق للأطراف المشاركة في الانتخابات**» ولكنه اعتبر: «(...) **أن تقرير هذا الحق لا يمكن ممارسته دون التقيد باحترام الحقوق المعترف بها للغير بموجب أحكام الدستور**»، ولا سيما المادة 63 منه، وأضاف لتقوية تأسيسه واستكمله بـ: «(...) **المادتين 35و39 (الفقرة الأولى من الدستور، قد أسسنا لمبدأ عدم انتهاك الحياة الخاصة للمواطن (...)**»، ولكون المشرع لم يضمن القانون العضوي أحكاما جزائية لمعاقبة استعمال المعلومات الخاصة بالناخبين لأهداف غير تلك المقررة في نظام الانتخابات، ولم يضبط **شروط ومجال وكيفيات استعمال القوائم الانتخابية**، ولم يرتب على هذه الاعتبارات عدم الدستورية، بل أورد: "تحفظا تفسيريا" عندما قضى بأنه شريطة مراعاة هذا التحفظ، تكون الفقرة الثالثة من المادة 4 المذكورة غير مخالفة لأحكام الدستور.

وهكذا، يسهم المجلس الدستوري عبر مضمون الحيثيتين المذكورتين، في تأدية الوظيفتين الدستوريتين للنظام العام، فهو الضمانة للحقوق والحريات، وكذا وظيفة التقييد منها، والتي تعد، المبدأ في تعريف النظام العام، كما سبق بيانه[2]، ومما يدعم تأطير ودسترة النظام العام ما تضمنه العهدين الدوليين

---

[1]رأي رقم 01/ر.ق.ع/ م.د/04 مؤرخ في 14 ذي الحجة عم 1424 الموافق 5 فبراير سنة 2004 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم لأمر رقم 97-07 المؤرخ في 27 شوال الموافق 6 مارس سنة 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، للدستور، مطبوعة ديوان المطبوعات التربوية، 2012، ص 169.

[2]الفرع الأول من هذا المطلب، الفقرة الثانية.

لسنة 1966[1]، الذين يُعدان جزاءا من "الطائفة الدستورية". فان موادها التي تنص على الحقوق والحريات التي ترد عليهم ما تعلق بالنظام العام وحقوق الاخرين وحرياتهم الأساسية.

وهكذا، ينطبق على الأمن بنفس المنطق الدستوري، باعتباره متطلبا عاما، بما يؤيده Luchaire، ويشرحها الأستاذ Luchaire على أن المشرع (القانون) يحدد "حدودا" لممارسة الحرية، والتي تعد في نفس الوقت الضمانة للغير لممارسة نفس الحقوق.

وفي نفس السياق، فإن الأستاذ Luchaire يرى أنّ حماية الأمن لها وجهان من حيث هي مبدأ دستوري:«فهو شرط لممارسة الحقوق والحريات ولكنه يحددها أيضا...»[2]*.

إن النص على أن "الدولة مسؤولة" يعني أنها "الضامنة" و"الحامية" لأمنهم وأمن ممتلكاتهم. فالأمن حق للمواطن ابتداء كما باقي الحريات والحقوق. وما على المشرع إلا تجسيده (بجعله فعليا) ويرخص له إيراد قيود لحماية النظام العام.

حيث كتب الأستاذ Truchet :«أن الواجب الشرعي للإدارة لا يرتب من اثر أساسي حقا شخصيا للمواطنين فهذا الارتباط لا يظهر إلا على مستوى المسؤولية»[3]*.

فهو يرى أن الأمر يعود لمسؤولية الإدارة وأن الحق في الأمن تضمنه الإدارة عبر خياراتها التقديرية (أي سلطتها التقديرية) بدون أن تكون في وضعية اختصاص مقيد.

والحقيقة أن المشرع الفرنسي اعتبر:«الأمن حقا أساسيا وأحد شروط ممارسة الحريات الفردية والجماعية»[1] (المادة الأولى من قانون 20جانفي 1995).

---

[1]ملحق المرسوم الرئاسي رقم 98-67 بتاريخ 16 مايو سنة 1989 يتضمن الإنضمام الى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الإختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1986، والمنشور بالجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 20 (17 مايو 1989) ج.ر. عدد 11، شوال 1417.

[2]Françaís Luchaire, la protection constitutionnelle des droit et libertés économisa, P.U.A.M.1985.

* "…il conditionne l'exercice des droits et libertés mais il la limite aussi". *الترجمة للطالب

[3]-Didier Truchet, l'obligation d'agir pour la protection…..in " ordres publics "op.cit.p.307

*"il n'est pas évident qu'une obligation l'égale pour l'administration ait pour corollaire nécessaire un droit subjectif des citoyens. Un tel lien n'est manifeste que dans l'ordre de la responsabilité".

إن موضوع الأمن، كما يؤكد الأستاذ Truchet يتجاوز مجرد امن الأشخاص في أجسامهم المتعلق بالاعتداءات الجسدية، بل يتعداه إلى الأمن الصحي والغذائي والاجتماعي وأمن السير وحتى الأمن القانوني[2].

إن دسترة هذا الحق يعني تأسيس لمسؤولية أعوان الأمن. والحقيقة أن القضاء الجزائري يأخذ بهذه المسؤولية على أساس من الاجتهاد القضائي منذ مدة[3].

إن الجزاء المترتب عن المسؤولية هو التعويض وقد استقر الأمر على أن الأفراد يتابعون الإدارة ويدينونها ماديا على أساس مسؤوليتها.

وقد أقر المشرع كثير من أنظمة المسؤولية الخاصة وكذلك الاجتهاد القضائي.

ومهما يكن، فإن الحق في الأمن وهو يؤسس لمسؤولية الإدارة فيرتب على الأقل الحق في التعويض في حال عدم القيام أو التهاون في ذلك.

فالمشرع يخضع في ذلك للمتطلبات الدستورية.

فالمشرع ملزم باتخاذ الإجراءات للحفاظ على الأمن، فهو التزام إيجابي فيه كثير من الإرادة.

والحقيقة أن صلاحية الأمن التي تعود أصلا إلى الإدارة والتي تم دسترة "مهمتها"، لم تعد موضوعا إداريا يعود أمر تقدير مداه ومجاله إلى الإدارة. فهو موضوع غير مستقل فلم تعد تملك الإدارة مجاله فهو محدد "من فوق"، وفي الحقيقة فإن ذلك يرتب أثارا فهو واجب يقع عليها، فلا تملك السلطة التقديرية، بل تملك سلطة تقدير الظروف، ويترتب عن التهاون أو تقصيرها مسؤوليتها.

فمسؤولية الدولة أثر لواجبها فهو عبء ومهمة تقع على عاتقها، يجب عليها القيام، برصد الشروط القانونية وخاصة الشروط المادية والمالية.

فالحق في الأمن موجود دستورا فهو حق، وفي نفس الوقت عنصر من عناصر النظام العام.

---

[1]" la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives".

[2]-voir, op.cit. p309.

[3]أنظر مجموعة قرارات القضاء الاداري المنشورة، في المجلة القضائية سابقا ومجلة مجلس الدولة حاليا.

ففي نظام قائم على الحرية، فإن ما يتعلق بالنظام العام ينحصر في أهم العناصر.

فالدستور يقر أن:"الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمونة" (المادة 33 من الدستور).

إنّ المهمة أصبحت "مدسترة" وإن كان ذلك لم يغير في واقع اختصاص الإدارة ولكنه يعتبر تثمينا "لدورها" يكتسي بعدا سياسيا ورمزيا، لأنه جاء في خضم محاربة الدولة للإرهاب والذي أثر أثرا كبيرا على أمن المواطن فكان الإعلان عنه في الوثيقة الدستورية إعلاء من شأن مهمة الدولة.

وهو من جهة أخرى يندرج في الخطاب الموجه لجميع الفاعلين والشركاء لإعلامهم أن المهمة الأمنية تتأطر بأساس دستوري، فهي تجري في إطاره. فالتعديل المؤكد على أمن "الأشخاص والممتلكات "هو تعديل محدد تاريخيا situé historiquement.

لقد كان ذلك، يندرج في إطار تعزيز سلطة الدولة أي الإدارة تحديدا فالإدارة هي المؤتمنة على السلطة، فهي تمارسها مباشرة.

فدسترة المهمة تقيدها، بقدر ما تعززها.

وقد تعززت تلك الدسترة، بما في دستور 1996 من النص على " القانون المتعلق بالامن الوطني " كقانون عضوي، وكذا القانون العضوي المتعلق لحالتي الحصار والطوارئ.

الفقرة الثانية: ضمان أمن الدولة

وقد نص الدستور 1996 على "القانون المتعلق بالأمن الوطني" كقانون عضوي ولم يصدر بعد، وكذا قانون عادي يتعلق بـ: "القواعد المتعلقة بالدفاع الوطني واستعمال السلطات المدنية للقوات المسلحة".

إن عدم صدور القانون العضوي المشار إليه في المادة 123 وكذا القانون العضوي المنظم لحالتي والحصار الطوارئ يجعل عملنا ينطلق من التصورات والمبادئ الدستورية، فلس لدينا من مادة خام يمكن قراءتها وتحليلها.

لقد تناول الأستاذ بوسماح موضوع الدفاع الوطني في أسسه الدستورية[1]. وميز الأستاذ العقون بين مهام الدفاع الوطني والنظام العام[2].

لقد رأينا في الصفحات السابقة أن المفهوم الدستوري (على ضوء اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي) لفكرة الأمن هو بمحتوى مزدوج[3]: أمن الأفراد وأمن الدولة.

فقد كان هناك إجماع من رجال القانون على وجود مفهوم لأمن الدولة. ف:«تختفي الليبرالية عندما يتجاوز الأمر مجرد النظام العام، بل وجود الدولة في حد ذاتها»[4]. فيقتضي ذلك ما وصفته الأستاذة Loschack بالدفاع الشرعي الذي تستعمله الدولة للدفاع عن نفسها.

ففي فرنسا، فإن المادة 12 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن تنص صراحة على:"أن ضمانة حقوق الإنسان والمواطن تقتضي قوة عمومية، فهذه القوة مؤسسة لفائدة الجميع، وليس للفائدة الخاصة لمن هم مؤتمنون عليها".

ولقد كانت معظم المواثيق الدستورية تدرج وتنص على القوة العمومية في حين أننا لا نجد ما يقابلها في الدساتير الجزائرية إلا ما جاء في وثيقة الفترة التي نصت على نفس حكم المادة 20 من الدستور الفرنسي لـ 1958 التي نصت على أن "رئيس الحكومة يملك الإدارة والقوة العمومية".

فدستور 1848 ينص على أنّ :"تؤسس قوة عمومية للدفاع عن الدولة ضد أعداء الخارج ومن أجل ضمان النظام وتنفيذ القوانين في الداخل".(المادة 10)، في حين أن دستور الجمهورية الثالثة لـ 1875 يذكر أن رئيس الجمهورية يحوز القوة العمومية واما دستور 1946 فيمنح صفة قائد القوات المسلحة لرئيس الجمهورية ولكن رئيس الحكومة يضمن إدارة القوات المسلحة.

---

[1]Boussoumah Mohamed, 'fondements constitutionnels de la défense nationale' in recueil sur les premières journées d'étude parlementaires sur la défense nationale, Conseil de la nation, Actes du collègue du nov2001.

[2]Walid Laggoune, 'ordre public et défense nationale fondements et limites d'une distinction'.

[3]Christopher Vimbert, op. cit. p

[4]-Danielle Loschack, 'op. cit. p192', '…ce libéralisme s'efface lorsqu'elle est en jeu au delà de l'ordre public, l'existence même de l'Etat'.

إن ميزة هذه الأحكام أنها حسمت من جهة في صاحب السلطة على القوات المسلحة، وهو أمر مسلم، ومن جهة أخرى وضحت مهمتها فحددتها كما في دستور 1948 في "الأمن الداخلي والخارجي" وخاصة تنفيذ القوانين.

إن اعتبار الضبط الإداري كضمانة للحريات، يجعل وسيلته هي شرط لتحقيق ذلك وتجسيده، إن الأمر يتعلق بالقوة العمومية.

إنّ الدفاع الوطني يرتبط بمهم الامن كما لاحظه الباحث بوزغاية جمال[1] فالتداخل قائم، وهو يتعلّق بالأمن الخارجي للدولة. وقد رهان الملتقيات الجزائرية[2] هو إبراز الصلة بين الدفاع الوطني والمواطنة، ولذلك فإن ممارستها لا تكون إلا من مواطنين ملتزمين، وليس من قبل أجانب او مرتزقة.

فرهان القانون العضوي المتعلق بالأمن الوطني يتجاوز مجرد الأمن الداخلي، فهو يتجاوزه لميدان الدفاع الوطني، وغن ذلك قد تعرض لتغييرات كثيرة[3]، تجعلهم متداخلين، فـ:"الدفاع يخلق الأمن"،[4] وليضيف "أن الأمن هو غاية". فالأمر يتعلق بالغاية والهدف،فالدستور الذي يؤهل المشرع يوضع:"القواعد العامة المتعلقة بالدفاع الوطني" (المادة 27 من دستور 1996) يسمح بـ:" استعمال السلطات المدنية للقوات المسلحة". وفي الواقع فإن هذا الاختصاص أدرج بمناسبة التعديل الدستوري لـ 28نوفمبر1996، والذي هو في الحقيقة دسترة لم تم من ممارسة تشريعية، فقد صدر قانون 91-23 ينظم تدخل الجيش في غير الحالات الاستثنائية سواء لضبط النظام العام، أو في حالة الكوارث الطبيعية.

فالرهان يتعلق بضبط استعمال القوة العمومية، وإن تضمينه في قانون عضوي يؤدي إلى دسترته بحكم "الشحن الدستوري" الذي يستفيد منه بحكم الرقابة القبلية للمجلس الدستوري.

---

[1]سيتم ذكرها.

[2]مجموعة الملتقيات التي نظمتها لجنة الدفاع الوطني لمجلس الأمة منذ سنة 2001، فأعمالها منشورة.

[3]-mondialisation et sécurité, actes du collègue, les 1ère journées d'études parlementaires, nov2001.

[4] Djamel Bouzagaia, des concepts de défense et de sécurité nationale, essai de clarification des termes de débat, les 2eme journée d'étude parlementaires sur la défense nationale, in recueil :'qu'est-ce que la défense nationale'?

إن تضمين استعمال القوة العمومية في نص عضوي التي هي «تكملة»[1] للدستور يضعه في إطار الدسترة أي في إطار "توازن السلطات" وكذا في إطار "ضمانة الحريات".

إن تلك الإرادة المجسدة في الدستور بجعل القوة العمومية تعمل في إطار ضمان "الأمن"، والحريات، يعد "ترقية دستورية"للتأكيد على الوجود الدستوري للقوة العمومية من جهة، ومن جهة أخرى على مهمتها كضمانة للأمن.

والحقيقة، أنّ استعمال القوة العمومية مضبوط تشريعيا.

فقد نص المشرع في قانوني البلدية والولاية على أن:"يعتمد رئيس المجلس الشعبي البلدي لممارسة صلاحياته الخاصة بالأمن على هيئة الشرطة البلدية..." (المادة 74 من القانون 90-88)، وكذا قانون الولاية ف:"توضع تحت تصرف الوالي مصالح الأمن ..."(المادة 97 من قانون 90-09) باعتبار: "الوالي مسؤول عن المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العامة" (المادة 96 من نفس القانون)، وهي نفسها الأحكام المتضمنة في القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية وكذا قانون الولاية رقم 12-07.

فالقانون لا يؤسس ولا يعترف إلا بسلطتين إداريتين لهما حق استعمال القوة العمومية في سبيل إقامة النظام العام هما: رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي. وكلاهما مؤهل بـ"طلب تدخل قوات الشرطة أو الدرك الوطني المختصة إقليميا عند الحاجة..." (م2/74) بالنسبة لرئيس البلدية، والوالي أيضا يجوز له:"عندما نقتضي الظروف الاستثنائية ذلك أن يطلب تدخل تشكيلات الشرطة والدرك الوطني..."

وقد سمح القانون رقم 91-23 للحكومة بأن تطلب تدخل وحدات الجيش الوطني الشعبي لاستتباب الأمن، حيث تنص المادة الثانية (02) على أنه: «يمكن من دون المساس بأحكام المادتين 86 و87 من الدستور،اللجوء الى وحدات الجيش الوطني الشعبي وتشكيلاته، بناء على قرار رئيس الحكومة بعد الاستشارة المسبقة للسلطات المدنية والعسكرية المختصة للاستجابة الى المتطلبات:

-حماية السكان ونجدتهم.

-الأمن الإقليمي.

-حفظ الأمن.».

والحقيقة أنها تمارسها بطريقة غير مباشرة، بحكم أن رئيس البلدية والوالي يعملان كأعوان للدولة فهما يخضعان للسلطة الرئاسية للسلطة المركزية.

---

[1]-Hubert Hamiel, les lois organiques, R.D.P,1982.

ولكن مقتضيات الديمقراطية تجعل الأمر ضروريا، فالقوة العمومية التي تعد أهم سلطة إكراه، وكأداة السلطة العامة puissance publique يجب أن تخضع لمقتضيات دولة القانون، وإن كانت خاضعة للقوانين والأنظمة[1]فيتطلب في النهاية تحيينه على ضوء تطورات ومكتسبات حقوق الإنسان دستوريا ودوليا.

وقد كان اسهام التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 مهما، في منح الدفاع الوطني أسسا دستورية تناولها الأستاذ بوسماح، وخاصة على ضوء النظام الدستوري الجزائري، والذي يكرس نظاما رئاسويا، حيث يهيمن رئيس الجمهورية على مجال الدفاع الوطني، بمساعدة البرلمان والحكومة. ولكنه يرى أن: «**دستور 1996 يبقى نصا ناقصا في كل ما يتعلق بالدفاع الوطني: القانون العضوي المتعلق بحالة الطوارئ، والقواعد المتعلقة بالتزامات المواطنين، (المادة1/122 والمادة 62 مجتمعتين) والقواعد العامة المتعلقة بالدفاع الوطني واستعمال القوات المسلحة من قبل السلطات المدنية (م27/122)، والقانون العضوي المتعلق بالأمن الوطني والقانون-الاطار المتعلق بقوانين المالية.**»[2].

إن أحكام الدستور حسمت أمر مهما فرئيس الجمهورية هو:"القائد الأعلى للقوات المسلحة للجمهورية". إن هذا يتوافق مع امتلاكه لسلطة الضبط على أساس المادة 1/125 (1/116 في دستور1989). فوقا للأحكام مجتمعة للمواد 1/125 والمادة 1/77، فهي تؤسس لسلطة رئيس الجمهورية في الظروف العادية. وأما أمر سلطته في الظروف الاستثنائية فأمره يعود لرئيس الجمهورية.

وأما الوزير الأول فبحكم أنه: "يسهر على حسن سير الإدارة العمومية" (المادة 5/85) التي هي وسيلته "لتنفيذ القوانين والتنظيمات" فهو يشارك على مستوى ثاني من حيث الصلاحيات الإدارية والميزانية فتنظيم وزارة الداخلية، خاصة المديرية العامة للأمن الوطني يعود للوزير الأول لأنه:"يوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة مع احترام الدستورية"، وكذا توزيع الاعتمادات المالية بواسطة مرسوم تنفيذي.

والحقيقة أن القوة العمومية تعتبر كوسيلة إكراه ضرورة لمقتضيين دستوريين فأما المقتضى الأول فهو "تنفيذ القوانين والأنظمة"، وأما المقتضى الثاني فهو حماية النظام العام.

---

[1]-المرسوم 83 المتعلق سلطة الوالي في التنسيق بين مصالح الأمن.

[2]Bousoumah (M), Fondements constitutionnels de la défense nationale in: acte de 1ere journées d'études parlementaires sur la défense national, commission de la défense national, conseil de la nation 11-12 nov. 2001, E.N.A Alger, Tome I, pp.57.

وقد ظهرت الحاجة الى اللجوء "الضروري" للقوة العمومية، في أكثر مكوناتها بروزا المتمثلة ي وحدات وتشكيلات الجيش الشعبي للاستجابة لهذين المقتضيين الدستوريين، فكان صدور قانون 6 ديسمبر 1991، والذي جاء بعد تطبيق حالة الحصار، والت لم تمدد، والتي اقتضت متطلبات المرحلة المضطربة والتي تميزت بتحدي سلطة الدولة ورفض تطبيق القوانين والالتزام برموز الدولة والجمهورية[1]، واستجابة للمتطلبين. وهكذا، فإضافة الى م نصت عليه المادة الثالثة من الحفاظ على النظام العام، قضت المادة الرابعة (04) على المقتضي المتعلق بـ "تنفيذ المتطلبات والقوانين" حيث تنص على أنه: «**يمكن أيضا تجنيد وحدات الجيش الوطني الشعبي داخل دائرة إدارية حدودية واحدة او أكثر إذا كان المساس بالقوانين والتنظيمات يأخذ بكيفية مستمرة طابعا ينذر بالخطر، ويهدد ما يلي:**

- حرية تنقل الأشخاص والأموال وامنهم وذلك امن التجهيزات الأساسية.

- حفظ الموارد الوطنية ضد كل اشكال التهريب.

- شروط الدخول الى التراب الوطني والخروج منه والإقامة به.»

وهو ينصرف لكل ما يتعلق بتنفيذ القوانين والأنظمة، فقد استند المشرع في التأشيرات الى المادة 3/81 المتعلقة بسلطة رئيس الحكومة في ذلك.

وما يدعم هذه المقتضيات الدستورية، ما جاء في أحكام العهدي الدوليين من ضرورة خضوع هذه القوة العمومية لمتطلبات دولة القانون من خضوع أعضائها للشرعية، فقد نصت المادة 22 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في فقرتها الثانية على انه: «**(...) ولا تحول هذه المادة دون اخضاع افراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق**».

وبالنتيجة، فالقوة العمومية مقتضى دستوري.

فالقوة العمومية تستعمل سواء في الظروف العادية، أو في الظروف الاستثنائية، فهي الملاذ الأخير، عندما تعجز المعنيين بتحقيق حقوقهم والأصل أن يلجأ الأفراد إلى السلطة القضائية فهي حامية الحريات والحقوق الأساسية (المادة 139 من الدستور)، أو الدفاع عنها فرديا أو جماعيا عن طريق الجمعيات فهو مضمون (م33) .

[1] المثال المتعلق-بنزع الشعار الدستوري "من الشعب والى الشعب" من على واجهات البلديات الوقاعة تحت حكم الحزب المنحل

«ففي المقام الأخير، فإن النظام العام يقوم على ضرورة حماية الحقوق الأساسية عندما لا تملك بنفسها وسائل حمايتها الذاتية أو تحقيقها، أو أن إقامتها من قبل البعض يعرقل ذلك الهدف. كم كتبه الأستاذ E.Picard»[1]*

وإن النص في الدستور على أنه:"على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف، بتنفيذ أحكام القضاء"(المادة 145 من دستور 28 نوفمبر 1996) يقتضي استعمال القوة العمومية لذلك فإن ذلك يؤكد على أن القوة لا تستفيد من وجود دستوري فقط، بل يكلفها بالإسهام في "الوظيفة التنفيذية".فإطارها محدد دستوريا، فهي مهمة إدارية أساسا.

لا تجد سلطة الضبط الإداري العامة والوطنية لها من أساس نصي، سواء من الناحية التشريعية أو من الناحية الدستورية. فما عدا الضبط البلدي الذي استفاد من أساس تشريعي حدد له سلطته وأهدافه ووسائله، فإننا لا يمكن افتراض نفس عناصره بالنسبة للضبط الوطني.

وهكذا فإنّ التشريع لا يعترف إلا بسلطتين ضابطتين وهما: رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي سلطتين أساسيتين وتعود الى السلطة المركزية بحكم الصلة السلّمية وبهذا المعني، فلا يمكن القول بوجود فراغ قانوني. ولكن أهمية الموضوع الذي يقع في صلب مهمة الدولة يجعلنا نستغرب هذا الغياب القانوني الصريح، وهذا ما يجعلنا نتساءل كما تسأل مجموعة رجال قانون عندما كتبوا أن:«السؤال المطروح هو في معرفة إذا ما كان يجب إدراج الضبط الإداري العام الوطني في تصور أوسع من مجرد القراءة الإدارية، أي القراءة الدستورية»[2]*. فالمسعى المنطقي ينطلق من الدستور كمعيار وكأساس، فتساءلوا:«...ألا يمكن التفكير في أن الضبط الإداري يمكن تعريفه، ليس كأمر مستقل وخصوصي ولكن كمجرد تجسيد إداري للمبادئ الدستورية وللوظيفة الحكومية بمعناها الواسع؟»[*3].

---

[1]-E. Picard,introduction générale, op. cit. 48.

* 'l'ordre public repose en définitive sur la nécessite de sauvegarder les droits fondamentaux lors qu' ils ne disposent pas par eux-mêmes, des moyens de s'auto. Protéger ou de se réaliser ou lorsque leur mise on oeuvre par certains compromettrait en fait cette fin'.

[2] «'le problème qui se pose est celui de savoir si la police administrative générale nationale ne doit pas être intègre dans une construction plus vaste que la simple grille administrative, à savoir la grille constitutionnelle', p39»

[3]- le même ouvrage, op. cit. p37

[*]«…ne peut on pas penser que la police administrative puisse se définir non comme autonome et spécifique mais comme la simple traduction administrative des principes constitutionnels et de la fonction gouvernementale en tendue au sens large».

فبحسبهم فإنّه لا يجب البحث عن المفهوم وعن أساسه خارج الدستور ف: «الدستور يعكس نظاما سياسيا واجتماعيا يجب الإبقاء عليه، فلا يمكن ذلك بوجود "وظيفة ضبطية"، والتي لا يمكن تصورها إلا وفق المبادئ المنصوص عليها في الدستور الذي يحدد مضمونها وشكلها»[1]*. إنها المبادئ المتعلقة بحماية الحقوق والحريات، إن ذلك يعني أن وظيفتها غير مستقلة، فدسترتها تسهم في دمجها في إطار دولة القانون.فعندما يصبح النظام العام مفهوم دستوري فيترتب عنه بالضرورة ومنطقيا إعدام استقلالية الإدارة وخصوصية مهمتها. فالأمر يتعلق بالنسبة للدسترة بأن تكون هذه الوظيفة تجسيد للدستور كمعبر عن الحقوق والحريات.

ولم يكن واضحا في النص الدستوري تحديد سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية. فالأمر يبدوا أكثر أهمية نظرا لأثاره القانونية والواقعية، ويرى العميد قبديل في ما يتعلق بالضبط الإداري بـ:«أن المسألة تتعلق باسم من يتم اتخاذها وليس ما تتناوله تدابير الشرطة»[2]، بما يعبر عن الرهانات السلطوية الناتجة عن فكرة استقلالية القانون الإداري والتي تجاوزتها الدسترة بحكم حمولتها المشحونة بحماية الحريات.

إن تحديد سلطة الضبط، كما رأينا تعود إلى الإدارة، عبر رئيس الجمهورية في قرار labonne (C.E.1919)، وقد أكد Vedel على ذلك بالاستناد على ما ذكره مجلس الدولة، فقد اعتمد على المادة 03 من القانون (فيفري 1875)، فقد لاحظ إدراج قاضي مجلس الدولة لهذه المادة ضمن التأشيرات les visas فهو يرى أنه أن المهمة الدستورية لتنفيذ القوانين تتضمن إلى جانب السير المنتظم للمرافق العامة، الحفاظ على النظام العام، فهي ترتبط بسلطته التنظيمية.

وقد رأينا ذلك التأسيس والصلة بين الاختصاص بالضبط الإداري وامتلاك السلطة التنظيمية فقد "تم تأسيس سلطة الضبط في الظروف الاستثنائية إضافة إلى المادة 86 (في دستور 1989) على المادة 1/116 (في دستور 1989) التي تتعلق بالسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية"

---

[1]-Ibid, p39.

*:'la constitution reflète un ordre politique et social a maintenir, cet ne peut être maintenu que par l'existence d'une "fonction policière", la fonction policière ne peut se concevoir qu'en vertu des principes énonces dans la constitution qui en fixe, a la fin le contenu et la forme'.

[2]-فودل ودلفولفية، ص505.

وبما أن سلطة الرئيس التنظيمية المستقلة لا تتعلق بالظروف الاستثنائية فقط والتي تستفيد من أساس دستوري (المادة 91 في دستور 1996) فإن أثر ذلك هو أن رئيس الجمهورية يملك سلطة الضبط الإدارية العامة الوطنية على أساس المادة 1/125 (من دستور 1996)، (المادة 1/116 دستور 1989)

والحقيقة أن سلطة الضبط التي تبدو "غائبة" شكلا في النص الدستوري والتي يتمتع بها رئيس الجمهورية تعود له بحكم مهامه الدستورية وخاصة تلك المرتبطة بتجسيده للدولة فهو: "حامي الدستور" (المادة 70 من الدستور) والساهر على السير الحسن وعلى استمرارية الدولة (المادة 76) من دستور28 نوفمبر 1996.

وقياسا على أن السلطة التنظيمية هي ضرورة للتنفيذ، فيمكن التأكيد على أن الأمر ينطبق على رئيس الحكومة، فهو بحكم أنه: "يسهر على تنفيذ القوانين والأنظمة وهو بذلك يملك سلطة ضبط إداري يبقى أن التقاسم لنفس الصلاحيات لم يكن محل نقاش او لم نعرف انه كان إشكالية مطروحة على مستوى الممارسة الإدارية أو على مستوى المنازعات القضائية".

ولكن الممارسة الإدارية قد تفيدنا في معرفة ذلك التوزيع من خلال المراسيم المنظمة للإدارات القائمة على الأمن.

يمكن أن نلاحظ أن التوزيع الموجود للصلاحيات فيما يتعلق بالإدارة المركزية موجود دستوريا بقراءة المادتين 1/85 والمادة 77 من الدستور تسمح لنا بتقرير أن الوزير الاول يملك مبدئيا سلطة تنظيم الإدارات المكلفة بالأمن كوزارة الداخلية، وخاصة المديرية العامة للأمن، في حين أن رئيس الجمهورية بحكم "الاختصاص المحفوظ" (الدفاع الوطني والخارجية) ينظم مصالح الدرك الوطني.

وتسمح لنا قراءة القانون 91-23 والأمر رقم 11-03 المعل والمتمم له باستنتاج امتلاك السلطة المركزية لصلاحيات الضبط الإداري، فقد كانت تعود الى رئيس الحكومة حيث كان اللجوء الى وحدات الجيش الوطني الشعبي، بناء **على قرار رئيس الحكومة** ... ، وقد استند في ذلك لمهمته الدستورية لتنفيذ القوانين والتنظيمات عبر ايراد المادة 81 من الدستور، خاصة في فقرته الثانية التي تؤسس لتلك السلطة، لتزول سلطته وتحل محلها سلطة رئيس الجمهورية حيث أن الأمر رقم 03/11 قد ألغى هاته الفقرة المشار اليها، واستبدل التأشير فقد حلت المادة 91 التي تتعلق بسلطة رئيس الجمهورية مح المادة 81 من دستور 1989 (المادة 85 ي دستور 28 نوفمبر 1996).

على عكس الأمر، في النظام الفرنسي، فالأمر يلقى إجماع بين مجلس الدولة والمجلس الدستوري، فإن إيجاد الأساس الدستوري للضبط الإداري يظهر أنه يقع في المجال الأصيل للنشاط الإداري.

وما زال مجلس الدولة يؤكد على أنه اختصاص المشرع بتحديد القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة، فهو: "لم يسحب من رئيس الحكومة صلاحيات الضبط العام التي كان يمتلكها من قبل" والتي يملكها على أساس المواد: 21 و37 من الدستور الفرنسي والتي أكد فيها اجتهاده في قرار sieur bouvet de la maisoneuve et sieur millet في ما يتعلق بالتأسيس على أساس المواد: 21 و37.

وقد اعتبر المعلقون[1] ذلك دليلا على الأسس الدستورية للقانون الإداري(une illustration des bases constitution du droit administratif).

إن ارتباط سلطة الضبط بالسلطة التنظيمية يسهم في معرفة صاحب التكليف الدستوري فهي الإدارة ممثلة في رئيس الجمهورية والوزير على المستوى المركزي، وأعوانهم الإقليمين: الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي.

يعد عدم صدور القوانين العضوية المتعلقة بالأمن الوطني (المادة 7/122) والقانون العضوي المنظم لحالتي الحصار والطوارئ إنقاصا من أثر الدسترة وتقليصا لمداها. فهي تبقى على فرضيات و"كمونات" دستورية، فهي تكتفي بإعلامنا بذلك.

ومهما يكن، فإن دسترة حالتي الحصار والطوارئ يعد مكسبا كبيرا، فهو يحصر سلطة الإدارة في "استرجاع الأمن" ولا يؤهل لغير هذا الهدف. فذلك من صلب مهمتها. فالنص على ذلك يندرج في منطق دولة القانون، فهو يحكم تضييقه على الحريات فإنه استفاد من أساس دستوري فدسترة النظامين منذ دستور 1976 يضع الإدارة، حتى في الظروف الاستثنائية، تحت نظام دستوري. فيحقق الدستور بذلك وظيفته الحمائية للحقوق والحريات.

---

[1]-L.E.M^{me} L.L.AG, in: "Chronique de la jurisprudence, droit administratif et droit constitution" Déc. 2007. R.F.D.A. P1283.

لقد نظم المؤسس الدستوري الحالات الاستثنائية، وأكثر من ذلك فقد مكن المشرع العضوي من التشريع "التكميلي" للدستور بتحديد تفاصيله في ما يتعلق بالسلطات والتضييقات الضرورية والآثار المترتبة عنها.

إن كثير من النظم نظمت هذا في مثل النصوص الدستورية كما هو الحال في ألمانيا التي تنظم :"حالة الأزمة الداخلية" التي تستجيب "للخطر المهدد للنظام الدستوري الليبرالي الديمقراطي للفيديرالية أو اللاند lander".

في حين أنّ الدستور الاسباني يقرر في مادته 1/116 بأن: «ينظم قانون عضوي حالة الإنذار والطوارئ والحصار، وكذا الاختصاصات والتضييقات المرتبطة بها»[1].

إن نظام حالتي الطوارئ والحصار المدستر، والذين سيتدعمان بصدور القوانين العضوية سيحدد سلطة الإدارة ويضيقها بالضرورة، فهي بذلك دسترة «لمهمة الإدارة حتى في الحالات الاستثنائية فلا يملك الإدارة حرية في رسم حدود اختصاصها فهي غير مستقلة فهي ليس الإدارة في قانونها»[2]،بل هي الإدارة في الدستور.

إن التعديل الدستوري لـ28نوفمبر بإدراجه مهام الأمن سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية، في ميدان دستوري قدم إسهاما، وإن لم يتجسد تشريعيا، في تقليص السلطة التقديرية للإدارة التي تملكها بفضل سلطتها المستقلة.

وقد أدى ذلك إلى كثير من الانتقاد والتساؤل عن مدى هذه السلطة الممارسة في ظل "مرسوم استثنائي" ألقى بظله على كثير من نواحي التسيير الإداري وكذا السياسي، وقد انتهى الأمر بإنهاء العمل بمرسوم حالة الطوارئ.

وعاد الأمر إلى التشريع كتقرير تأهيل الإدارة باسترجاع الأمن عن طريق تولية الجيش مكافحة الإرهاب، الذي أصبح متطلبا وماجلا يندرج في الأمن العمومي كما حدّده القانون 91-23 المعدل والمتمم

[1]Voir pascal caille. L'Etat d'urgence. La loi 03avril 1955 entre maturation et dénaturation, R.D.P.N°2, 2007, pp348.
[2]Allies et autres, l'administration dans un droit, op. cit.

بالأمر 11-03 والذي تدعم بما جاء في القانون العضوي والمتعلق بالإعلام والذي أدرج من القيود الواردة على حرية الإعلام ما تعلق بأمن الدولة (المادة 5/02)، ومتطلبات النظام العام (المادة 06/02).

يبرز ذلك ضرورة إصدار القوانين العضوية، لدعم التأطير التشريعي الذي هو "تشريع مدستر"[1]، فالمؤسس الدستوري قد جعل المسألة دستورية فلم يتأثر بالنظام الفرنسي الذي يمنح سلطة الضبط الإداري الى السلطة الإدارية، فقد استنكر الأستاذ picard، في فرنسا وتسأل عن الإبقاء على اختصاص السلطة التنظيمية المستقلة بمجال الضبط، في حين أنها تعود إلى مجال القانون بحكم المادة 34 التي يعود لها البت في:"ضمانات الحريات العامة"، فكتب:«كيف يقبل في دولة تشريعية "فضيحة" سلطة تنظيمية مستقلة للضبط الإداري الذي يمس بالضرورة الحريات، والذي يمكنه من تقليصها دون تفويض تشريعي خاص؟»[2]*.

وقد أدى صدور القانون العضوي للإعلام الى نتائج هامة من جهة نظر تأسيس النظام العام دستوريا، وفي تحديد مجاله، حيث ارتأى المجلس الدستوري مطابقته للدستور، مما يسمح لنا بالاستنتاج بدستورية مضمونه، فهو قد وافق Valider على مجموعة القيود الواردة في المادة 02 من القانون العضوي على حرية الاعلام. وهكذا، فننا نستطيع التأكيد على أمرين متعلقين بالأسس الدستورية للنظام العام، وكذا تحديد مجاله.

فأما من حيث التأسيس الدستوري، فقد تضمنت التأشيرات المواد الدستورية المتعلقة بحماية الحقوق والحريات، وهي، على وجه الخصوص المواد: 34[3] و35[4] و36[5]، و38[6]، و39[7] و41[8] و63[9]، والتي

---

[1]Hubert Amiel, les lois organiques, R.D.P. 1988.

[2]-Etienne Picard, introduction générale au colloque: ordre public, ordres public, ordre public et droits fondamentaux, caen. 2000.

*:'comment admettre, dans un Etat législatif "le scandale" d'un pouvoir réglementaire autonome de police qui affecte nécessairement les libertés et peut donc, par hypothèse, les restreindre sans habilitation législation speciale'.p27.

[3] المادة 34: «تضمن الدولة عند انتهاك حرمة الانسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.»

[4] المادة 35: «يعاقب القانون على كل المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وكل ما يمس سلامة الانسان البدنية والمعنوية.»

[5] المادة 36: «لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي.»

[6] المادة 38: «حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن حقوق المؤلف يحميها القانون. لا يجوز حجر أي مططبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والاعلام الا بمقتضى أمر قضائي»

[7] المادة 39: «لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، يحميها القانون.»

[8] المادة 41: «حرية التعبير، وانشاء الجمعيات، والاجتماع، مضمونة للمواطن.»

[9] المادة 63: سبق ذكرها في متن الرسالة.

حرص المجلس الدستوري على ترتيبها على النحو الذي أشار له في رأيه، فهي، من جهة، تؤسس لحرية الاعلام استنادا على المواد: 36 و38 و41، ومن جهة أخرى أورد أسس متعلقة بالتقييدات والمتمثلة في المواد: 34 و35 و39، والمادة 63 من دستور 1996. فهذه المواد الدستورية تمثل الأسس الدستورية للنظام العام، فهي مجموعة التقييدات التي ترد على حرية الاعلام، والحقيقة، أن المادة 63 تلخص بعض ذلك من حيث هي توفيق بين ممارسة الجميع لحرياتهم والتي تجد لها حدا وقيدا في حريات الاخرين وفي النظام العام بمعناه الواسع.

وأما، من حيث المجال، فقد حدد ذلك القانون العضوي، في مادته الثانية مجالا للنظام العام، بإيراد لمجموعة التقييدات الواردة على المبدأ (حرية الاعلام).

ويمكن القول، أن ذلك يمنحها مجالا دستوريا للنظام العام، ان لم يكن نظاما عاما دستوريا، لكون تلك العناصر العشرة المحددة هي مجموعة مبادئ دستورية (فيما يتعلق بالحريات والمواد المؤسسة لها دستوريا)، وما يمكن وصفه وتكييفه بمتطلبات دستورية، فهي تتمثل في مكونات هذا المجال الدستوري للنظام العام الأخرى كالنظام العام ومتطلبات الدفاع الوطني، والدين وحماية الاقتصاد الوطني، والهوية الوطنية فهي تتشابه مع ما كيفه المجلس الدستوري الفرنسي بـ "الأهداف ذات القيمة الدستورية Les objectifs de valeurs constitutionnels"، والتي كانت من اجتهاد المجلس، وظهرت في قراره حول الاتصال السمعي-البصري (27جويلية1982)، فقد كيف «الحفاظ على النظام العام، احترام حريات الغير والحفاظ على الطابع التعددي للتيارات المعبرة عن التوجهات السوسيوثقافية» على أنها أهداف ذات قيمة دستورية.

وقد تطور اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي، بمناسبة قراره حول "الحجاب الكامل" أو النقاب Voile intégral حيث علق P. Loïc: «(...) **أن المجلس الدستوري قد ذكر أن مضمون النظام العام لم يعد غير قابل للحصر. فيمكن تحديده: ان الامر يتعلق بمضمون الدستور في حد ذاته الذي يستند على دعامتين ألا هما الحرية والمساواة.»**[1][*].

---

[1] L. Favoreu, p. Loïc,D.C. 7octobre 2010 Voilé intégrale in: les G.D.C.C., Edition N°16, Dalloz, année 2011, p.551.

[*] «(…), le conseil constitutionnel à rappelé que le contenu de l'ordre public n'est pas insaisissable, il peut être identifié: il s'agit du contenu même de la constitution qui repose sur les deux piliers que sont la liberté et l'égalité», p554.

ويمكننا أن نؤكد على التوجه لإقامة نظام عام مدستر أو دستوري على الأصح، سواء من حيث مضمون الدسترة القائم على ضمانة حقوق الانسان، وأو من حيث أسسه الدستورية، فهي تمد هذا النظام العام الجديد بأسسه لجميع مكنوناته.

فمعظم تلك المكونات تجد لها أسس دستورية، سواء ما تعلق باحترام الدين الإسلامي (المادة الثانية من الدستور)، أو باقي الأديان (المادة 36 المذكورة في التأشيرات)، وكذا الهوية الوطنية بمكوناتها (المكرسة في الطائفة الدستورية الي أدمجت الديباجة حيث يشار الى مكونات الهوية الوطنية من اسلام وعربية وامازيغية)، وكذا ما تعلق بالسيادة والوحدة الوطنية المكرسة في المادة 178 من الدستور (الميادين التي لا يمكن للتعديل الدستوري أن يمس بها)، وما تعلق بالطابع التعددي للأفكار والتيارات (المادة2/23)، وكرامة الانسان والحريات الفردية والجماعية (المادة35 منه).

يمكن ان نضيف متطلبات الدفاع والنظام العام كمبادئ دستورية تملك أسس دستورية، كما سبق ابرازه فيما سبق.

عرّف الأستاذ Luchaireالأهداف ذات القيمة الدستورية بأنها: «**(...) تلك التي، بشكل عام، تستمد من حكم دستوري تسمح بإيراد استثناءات (محدودة وتحت مراقبة المجلس الدستوري) على مبادئ دستورية**»[1][*]. فهي، كما ذكر Favoreu و P. Loïc أن تلك الأهداف يجب التوفيق بينها وبين المبادئ الدستورية[2]، واعتبر الأستاذين M.VerpeauوB.Mathieu[3] أنها معايير تهدف الى التوفيق والتي تحدد للمشرع توجيهات، والتي يعتبر أنها غير قابلة للاثارة، أمام القاضي، من قبل الأفراد.

واعتقد أن تلك المتطلبات والعناصر المعدّدة في المادة 02 من القانون العضوي للإعلام تعد معايير دستورية قابلة للإثارة أمام القاضي، من قبل الأفراد، على خلاف الرأي الأخير للأستاذين حيث كنا قد أعطيناه كمثل في قضية أوقاسي ضد جريدة "الخبر الأخير"، بما يثبت تلك القابلية للاستعمال القضائي، بما يجعلها تسهم في الدفاع عن نظام عام اجتماعي في مواجهة ممارسة الحريات، وخاصة حرية الاعلام، والتي تعد أخطر حرية، وقد كرس المجلس الدستوري ذلك التوفيق المطلوب، فقد أصبح مقتضى دستوريا.

---

[1]F. Luchaire, Op.cit. p.681.

[*] الترجمة للطالب.

[2]P. Loïc, Les G.D.C.C.

[3]Bertrand Mathieu, et M. Verpeau, contentieux constitutionnel des droit fondamentaux, p.238.

نستخلص، أن مجال ومضمون النظام العام أصبح محددا، بتوسيع مجاله الى كل الدستور، كما جاء في نص المادة الثانية بالأولوية، الذي يضم كل المكونات المذكورة فيه، وخصوصا حماية الحريات ومتطلبات حماية النظام العام.

إذا كان دستور 1989 قد وضع مبادئ "النظام العام الجديد" فإنّ اجتهاد المجلس الدستوري قد أسس لذلك النظام العام يقوم على أسس ليبرالية يتجسد في وظائفه كضمانة وكقيد على الحريات التي تبرر تأسيسه لحمايته، وجاء التعديل الدستوري لـ 28نوفمبر ليحدد نطاق النظام العام تحديدا "ضيقا" ويدستر بذلك "نواة صلبة" للنظام العام تتمثل في حماية في بعديه المزدوج "أمن الأشخاص والممتلكات" (المادة 24 منه) وأمن الدولة.

مرت "دسترة" مهمة الضبط الإداري بعدة مراحل، توجت بتحديد عناصرها مباشرة في النص الدستوري والتي حملت الدولة: مسؤولية "أمن الأشخاص والممتلكات" (المادة 20 منه)

ويكون المؤسس الدستوري بذلك قد قلص ميدان الضبط الإداري، فلم يعد ذلك المفهوم الواسع، الذي كان الميدان المفضل لاستقلالية الإدارة في تحديد مجالها وكذا في امتلاكها للسلطة التقديرية، فلم يعد مفهوما "إداريا" كما كان، وباعتراف القضاء الإداري بذلك، فلم يعد مفهوما مستقلا، وبالتالي فلا تملك من الإدارة خصوصا والقاضي الإداري حرية في تحديده فهو استفاد من تحديدين دستوريين.

فأمّا المستوى الأول أو التحديد الأول، فيتعلق بتعلق النظام العام بالحريات والحقوق فهو قيد عليه، فهو يندرج في إطار دولة القانون من خلال وظائفه كضمانة وكقيد.

وأمّا المستوى الثاني أو التحديد الثاني، فهو التحديد الإيجابي والمتمثل في عناصره الأساسية المحددة دستوريا كنواة دستورية للنظام العام، متمثلة في حماية أمن الأشخاص والممتلكات.

المبحث الثاني: الإطار الدستوري المرفق العام

اعتبر الفقه الفرنسي المرفق العام مفهوما وظيفيا[1]«فهو يقوم بوظيفة قانونية أساسية في تعريف القانون الإداري، وفي تحديد مجال القضاء الإداري»[2*]وقد اعتبره القاضي الفرنسي Stirn إلى جانب الشخصية المعنوية، المعطى الأساسي للقانون الإداري[3].

«فتعريف المرفق العام، (...)، هي التعبير عن غاية الدولة، وتحديد مجال التدخل العمومي»، وحتى الأستاذ Vedel ذكر أن المرفق العام من المفاهيم الأساسية، وقد لاحظ نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسية أن العميد فيديل «يقبل (....) أن أطروحات مدرسة المرفق العام، معدل ومصححة، يجب تنقيحها وإدراجها في النظام الذي يقترحه.»[4*].

وكما عبر الأستاذ Duguit، فالمرفق العام: «يفرض نفسه من اللحظة التي يلقي التزامات على عاتق الحكام تجاه محكوميهم ويأخذ معناه كمفهوم»[5*].

ففي حين أن وظيفة الضبط الإداري محدودة، فان مهمة المرفق العام تبدو واسعة فتبدو لأول وهلة واسعة وغامضة وغير محددة[6] وبالتالي فلا تصلح لأن تكون عنصرا يحدد مهمة لإدارة العمومية فهي بدلا من أن تكون " المرفق العام أساسا وحدا للسلطة الحكومية (...)"[7].

قد يتحول الى تهديد للحريات العامة فبحكم تمدد التدخلات العمومية[8].

فبحكم أنه مفهوم وظيفي، فانه يجعل استعماله لتحديد الإدارةأمراصعبا، وقد أشار إلى دلك الفقه عموما وخاصة الأستاذ Timsit[1] في دراسته حول الوظيفة الإدارية.

---

[1] Corail J.L., l’approche fonctionnelle du service public, sa réalité et ses limites, A.J.D.A.1997 Numéro spécial ; le service public : unité et diversité p20

[2]Espuglas Pierre, le conseil constitutionnel et le service public, L.G.D.J, 1992.

* «Le service public exerce une fonction juridique : essentielle dans la définition du droit administratif et dans la définition du contentieux administratif»

[3] Stirn droit administratif français édition 1996

[4] Renaud Denoix de saint marc, George Vedel et le juge administratif .R.F.D.A.2002 P211,

* «G.Vedel admettait, (….) que les thèses de l’écolede service public, rectifiés et remise en ordre, devraient être recueilles et intégrer le system qu’il proposait

[5]Duguit Léon, Manuel du droit constitutionnel, éditions panthéon Assas, L .G.D.J PARIS 2007.

*«Le service public qu’a partir du moment ou il impose des obligations pour le gouvernants.»

[6] Voir ‹Rainaud, crise de service publicque-sais- je ?

[7] Pierre delvolvé, service public et libertés publique. Rev.fr.droit admin jan.fev.1985 p2.

[8] Delvolvé op.cit.p.3.

ولكن يبقى أن المفهوم القانوني للمرفق العام مهما في تعريف الإدارة والقانون الإداري، وكما كتب الأستاذ Chevallier«فهو يصلح كأساس لنظرية القانون الإداري الوضعي»[2].

وهو يصلح من الناحية السياسية فهو يعبر عن الحد الأدنى من "التوافق" في إطار جمهوري يوفق بين متطلبات الحرية ومتطلبات التضامن الاجتماعي.[3]

إن ظهوره وإسهامه في تعريف الإدارة في الجزائر وفي تحديد مجال القانون كان مهما[4] بالاعتماد على المعيار العضوي الذي هو نتيجة، كما رأينا في المبحث السابق لمبدأ الفصل بين السلطات في دستور 1989.

ولكن دور الحريات كأساس للنظام القانوني أدى بالضرورة إلى تغيير دور الدولة وتغيير في طبيعتها، فهو أظهر أولوية الضبط، وقد تكرس بقوة عبر سلسلة من الأحكام الدستورية (المواد 24-122-27) والمادة 123-7من تعديل 28 نوفمبر 1996.

وبتكريس حرية التجارة والصناعة في تعديل 28 نوفمبر 1996 (المادة 37 منه) يرتب حقوقا لصالح الأفراد في مواجهة كل السلطات العمومية التشريعية والتنفيذية، ونتيجة لذلك، فإن المؤسس الدستوري هو المختص بإبداء الإسهامات على هذه الحرية فيما يقيمهم من مرافق عمومية تنبع من متطلبات دستورية هي عبارة عن نواة دستورية (المطلب الثاني) ونتيجة نقيده للمشرع وللسلطة التنظيمية في رسم دائرة " ضيقة "للمرفق العام (المطلب الأول).

المطلب الأول: أثر المبدأ: الميدان الضيق

إن تقرير وتكريس حرية التجارة والصناعة يجعل من النشاط الاقتصادي تؤول مبدئيا الى الأفراد (الفرع الأول)، فهو حق مضمون دستوريا، وبالتالي، فإنّ ذلك يرتب نتيجة أساسية هي جعل ميدان نشاط الإدارة استثنائيا مما أدى الى مرفق عام مقلص (الفرع الثاني).

فالمرفق العام، بمنطق حيثية المجلس الدستوري[1] هو نتيجة لتلك:«تضييقات الضرورية» على مبدأ الحريات وحرية التجارة والصناعة أساسا (الفرع الثاني)، مع ضمان أثر المبدأ كاملا أي حماية حق الأفراد في ممارسة تلك الحرية (الفرع الأول).

---

[1] G. Timsit. La fonction administrative
[2] J.Chevallier, regard sur une évolution ،A.J.D.A. numéro spécial service public 20juin1997
[3] Rainaud, op.cit. p…
[4]Boussoumah, op.cit.

الفرع الأول: تقرير الحرية لصالح الأفراد

إنّ مجموع الحريات تشكل كتلة واحدة منسجمة، ولكن مكانة الحرية الاقتصادية أكثر أهمية وإن تقرير وتكريس حرية التجارة والصناعة أحدث أثارا قانونية حاسمة. وهي، في الحقيقة تأسيسا دستوريا لوجود مجتمع مدني واقتصادي الذي يعد الركيزة الأساسية للنظام الجديد "الحريات الاقتصادية ... تضمن وجود المجتمع في حد ذاته"[2*] الذي يترتب عنه الفصل بين "العام" و"الخاص."

لقد كان مضمون هذه الحرية الاقتصادية بالذات محل جدل وخلاف، بحكم قوته وشدة أثارة، وكذا بحكم التقلبات الاقتصادية والايديولوجية، فقد انتقل من مبدأ يقتضي المنع من التصرف من قبل الدولة في المجال الاقتصادي (الفقرة الأولى) الىمبدأ تأطير لتدخل الدولة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قاعدة المنع من التدخّل une règle d'abstention

يحدد الأستاذ دولوبادير مضمونا مزدوجا لحرية الصناعة، منطلقا من واقع الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي[3]. فهو، من جهة، أساس لحقوق الأفراد تجاه الإدارة، فهو يحد من سلطتها في مباشرة النشاط الاقتصادي.

وهو في الحقيقة، يفسر قانونيا بأنّه يضع قاعدة منع، بموجبها لا يحق للدولة التدخل في ميدان هو حق مضمون دستوريا لصالح الأفراد، فالضمانات المقررة دستوريا لصالح الحريات جعلت هذه الحرية ذات طبيعة دستورية، فإنّ مجرد اعتبارها هي الأساس: «(...) فيترتب عنها الاحتفاظ للمواطنين كمجال الاستقلالية، محمي من تدخلات الدولة. ومن بين هذه الحقوق، يجب إعطاء مكانه خاصة لحرية التجارة والصناعة، فهي تعد أكثر من مجرد حرية عامة، بحكم أثارها بل إحدى مكونات الدولة الليبرالية".

فمكانه هذا المبدأ تتجاوز مجرد تصنيفه كباقي الحريات، وقد كانت تلك ملاحظة الأستاذة Loschack، عندما علقت على اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الذي أسس قانونيا "الليبرالية" مستلهما.

---

[1] سبق ذكرها في الفصل الأول.

[2]Pierre Moor, Introduction à la théorie de la légalité in : "figures de légalité", (dir), Charles-Albert Morand, publisud, 1990, p.15.

[*] «Les libertés économique (…) garantissent (…) l'existence même de la société»

[3] Delaubadere Andre, droit public économique,3dition,dalloz1979 .P243

فلسفة النظام الفرنسي المستندة إلى خليفة ومرجعية يرتبط بإعلان حقوق الإنسان والمواطن[1*]، فقد كان مضمون قانون مارس 1791، أنّ المبدأ هو منع المرفق العام منافسة المؤسسات الخاصة.

والحقيقة، أنّ تطور النظام الفرنسي، امّ في إطار أوسع، برفقة مجموعة مبادئ أخرى، في إطار أشمل حيث أنّ دسترته توسعت الى دسترة القانون الاقتصادي[2]، حيث لاحظ الباحث أنّ دسترته تمت على أساس جميع المعايير، التي تملك قيمة دستورية، وخاصة عبر الاعتراف من قبل المجلس الدستوري بالقيمة الدستورية التامة لعدد من الحقوق والحريات، وأول تلك الحريات، حرية المقاولة، كإحدى مكونات الحرية المعلنة في المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وتأتي مبادئ المساواة، بين المتعاملين الاقتصاديين، وكذا حق الملكية، وكذا كل المبادئ السياسية، والاقتصادية والاجتماعية الضرورية لعصرنا، كما جاءت في ديباجة دستوري 1946، حيث لاحظ أنّ المجلس الدستوري، لم يقم هرمية بين هذه المبادئ[3].

ومهما يكن، فإنّ حرية المقاولة لا تعد مطلقة ولا محدودة وإنّه يمكن للمشرّع أن يورد قيودا مرتبطة بمتطلبات دستورية ترتبط بالصالح العام.

والحقيقة أن التطورات اللاحقة في النظام القانوني الفرنسي وبروز مفهوم دولة القانون دعم هذا المبدأ أو أصبح في صلب ذلك التصور المستند إليه والذي أثر على دور الدولة.

فالأستاذ شوفالي يعتبر أنّ: «مبدأ حرية التجارة والصناعة، (...) عنصرا مؤسسا لدولة القانون الذي يترجم إلى مصطلح قانوني الاعتقاد بالطبيعة الاستثنائيةSubsidiaire للتدخل العمومي»[4]. ولكن الدولة(التشريعية) يمكن أن تورد"تقييدات" ضرورية فالمشرع يختص، بموجب المادة 122 الفقرة1:"بالحقوق والحريات".

إنّ النتيجة المترتبة على النص حرية التجارة والصناعة تجعلها حقا دستوريا مضمونا، وبالتالي، فلا يملك المشرع حرية في إيراد الاستثناءات بل هو مطالب بجعلها فعلية. وقد أكد المجلس الدستور على

---

[1] Dnielle Loschack ‹le rôle politique du juge administratif français.

[*] « (….) sa implique que soit réservé aux citoyens une sphère d'autonomie,à l'abri des interventions étatique. Parmi ces droits,il faut faire une place particulière à la liberté économique,qui constitue au raison de ces implications,l'une des composantes de l'Etat libéral».

[2] Philippe Terneyre, la constitutionnalisation du droit économique in : le droit constitutionnel et les autres disciplines juridiques, S.D. P.427

[3] Ibid. P.430.

[4]Ibid, P.427

أن:"تكون ممارسة هذا الحق موضوع"تضييقات ضرورية"، بغية حماية الحريات والحقوق الواردة في الدستور، ثم ضمان أثرها الكامل" (الحيثية الواردة في النقطة الثالثة في القرار رقم 1 المتعلق بقانون الانتخابات)، وبهذا، فهو يجعل من سلطة المشرع سلطة واختصاص مقيد بإقامة هذه الحرية. ويترتب عنها حسب اجتهاد المجلس الدستوري انه لا ترد عليها أي تقييدات إلا للضرورة ولا يتصور أن تكون هذه الضرورة إلا ما تعلق بالصالح العام. وإن لم ترد صراحة في اجتهاد الدستوري الجزائري.

ويمكن فهمها على ضوء المادة63 من الدستور [1] التي تنص على أن الحقوق والحريات تتوقف عند حقوق الغير، فإن حرية التجارة والصناعة تتوقف عند حقوق الغير المنصوص عليها دستوريا كالحق في التعليم(المادة 54) والحق في الصحة والحماية الاجتماعية.

والحقيقة أن هذه القراءة تبدو متطورة، ولكنها منطقية بالنظر لتحليل القانوني، سواء من حيث الشكل فهي تجعل من وجود المرفق العام"تقييدا"، فهو بالتالي، يظهر كاستثناء.وهي تجعله بذلك من أحكام الضرورةde l'ordre de nécessité.

وهكذا، انتقل النظام القانوني الجزائري من منع الحرية الاقتصادية على أساس وجود نظام الاشتراكية إلى تقرير حرية تبدو شبه مطلقة،فهو بذلك أقام خوصصة " التسيير القطاع العمومي الاقتصادي وأخضعه لمنطق جديد، هو منطلق الحرية الاقتصادية، بدل التخطيط الإداري المركزي.

فقد أجمع الفقه على المكانة الضعيفة للمبدأ قبل دستوري 1989 قانون 31 ديسمبر 1962 الذي مدّد العمل بالتشريع الفرنسي، وإن اختلفت أسس التي يقدمونها.

فقد اعتبر الأستاذ بوسماح أنّ المبدأ قد تمّ إلغاؤه[2].

يؤكد الأستاذ باباجي: «أنّنا بصدد ظاهرة إخراج مبدأ حرية التجارة والصناعة من دائرة الشرعية délégalisation»، ويستطرد فيكتب: «أنّ الظاهرة، (...) هي المؤشّر (...) لإسقاط القداسة على مبدأ حسب المعطيات الاقتصادية والسياسية الجديدة»[3].

ولكنه وعلى ضوء القطيعة التي أحثها دستوري فبراير 1989، فقد اعتبر الأستاذ العقون: «أنّ المبدأ في طريقه الى التكريس بحكم القوانين التي حررت النشاط الاقتصادي وخاصة قانون الاستثمار»[1].

---

[1] J. Chevallier, L'Etat de droit .R.D.P.1988.P371. «Le principe (…..) Traduit de dogme du caractère subsidiaire de l'intervention étatique».

[2] Boussoumah, l'entreprise socialise en Algérie.

[3] R. Babadji, op.cit, P.45.

فمنطق الإصلاحات الجديدة أفرز مفاهيم جديدة، فإصلاحات 12 جانفي 1988 «(...) تحمل تغييرا نوعيا يتعلّق خاصة بالدولة التي يعاد صياغتها في طبيعتها وفي مهامها»[2]، «فقد تحرّرت الدولة من بناء الاشتراكية»، وقد كان هذا التغيير مرتبط بفشل الدولة، فإذن التغيير مسّ مهام الدولة، وبالتالي تبني الليبيرالية كأولوية الحقوق والحريات وكشكل جديد من ممارسة السلطة فالتواجّه الجديد يسمح للدولة بالتدخل في الاقتصاد شريطة الخضوع لاقتصاد السوق وقد تم ذلك انطلاقا من كون: «أنّه إذا كان هناك تداخل، وبدون وضوح بين الدولة كسلطة عامة والدولة كمالك لرأسمال»، «فيجب التمييز وبدقة بين المهمتين»[3].

إن ذلك يأدى إلى نتيجتين، أولها هو: تكريس "ضمني" للحرية الاقتصادية، وذلك بإخضاع الدولة في نشاطها الاقتصادي لتلك الحرية. وثانيها هي فصل القطاع الاقتصادي للدولة عن المرفق العام[4].

فهكذا فإنّنا نسجل الميلاد المزدوج: للحرية الاقتصادية والمرفق العام. فهو ميلاد متلازم قانونيا.

إنّ نصوص الإصلاح لـ 12 جانفي 1988 تحمل بذرة التصور الجديد والذي كرسه دستور 1989 فيما بعد بحكم فلسفته القائمة على أولوية الحقوق والحريات الفردية. وقد أكدالأستاذ العقون على أن التكريس المحتمل لمبدأ حرية التجارة والصناعة يقتضي التمييز أولا بين المبدأ في حد ذاته وأسسه، وثانيا بين حق الملكية وحرية المؤسسة[5].

لقد تبنى النظام الجزائري، ضمنيا، مبدأ حرية التجارة والصناعة، وباشر في ترتيب بعض متطلّباته، فقد تمّ إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تحوّل المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار التجارة[6]،متضمنا إلغاءً ضمنيا، لإحتكار الدولة للتجارة الخارجية، قبل تحريرها بالمرسوم التنفيذي رقم 91-37، بشكل مبكر، قياسا على دول المعسكر الاشتراكي، سابقا، التي قامت بعملية الانتقال إلى اقتصاد السوق ودولة القانون بشكل أسرع متبنية جملة المبادئ في إطار دسترة جديدة

---

[1] Walid laggoune, le contrôle de l'Etat sur le secteur privé industriel Edition international.

[2] Brahimi, Nouveaux choix constitutionnels et nouveaux besoins politiques, RASJEP, N°4, 1991, P.735.

[3] Rapport général relatif à l'autonome de l'entreprise, RASJEP, N°1, 1988, P.222.

[4] Brahimi : quelques questions à la reforme de l’entreprise publique économie RASJEP N°1.1989.

[5] Laggoune Walid,le contrôle de l’Etat sur les entreprises privées industrielles en Algérie édition international. P74

[6]مرسوم رقم 88-201 بتاريخ 18 أكتوبر 1988 يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار التجارة، الجريدة الرسمية، عدد 42.

تكريس الحريات وخاصة: «حرية التجارة والصناعة التي تقتضي حرية المبادرة ونتيجتها حرية المنافسة، ولكن لا يمكن تصور هذه الحرية مطلقة»[1].

فقد تبنّت السلطات العمومية نصوصا لتسريع عملية الانتقال من النظام الاشتراكي الى اقتصاد السوق بشكل كثيف[2].

وقد تبنى المؤسس الدستوري المبدأ (حرية التجارة والصناعة) في تعديل الدستور لسنة 1996، بعد أن لم يكن مذكورا في مشاريع التعديل الدستوري لشتاء تلك السنة، ولا صيفها، بشكل صريح[3].

وقد تبنت الدول المغاربية نفس المبدأ في دساتيرها. فقد نصت المادة 10 من الدستور الموريتاني[4] على أن:" تضمن الدولة". حرية التجارة والصناعة" (المطة السابعة). إلى جانب أهم الحريات العمومية والفردية حرية التعبير وحرية التعبير الاجتماع والحريات السياسية والنقابية. والتي تؤكد الفقرة الأخيرة من المادة على أن:" لا تقيد الحرية إلا بالقانون"، في حين أننا لا نجدها معترف بها في الدستور التونسي[5]، وإن كان بالإمكان استنتاج وجود المبدأ ضمنيا من خلال مضمون المادة (الفصل) 34 حين نصت على أن تتخذ شكل قانون ما تعلق:" بإحداث أصناف المؤسسات والمنشآت العمومية:" (المطة الثانية). فهي تأكيد على أن خلق المؤسسات أو المرافق العامة يعود للمشرع ليحمي الحريات التي قد يمسها تأسيس مرفق عام.

وأما في المغرب، فإن الدستور قبل التعديل الأخير يؤكد على أن" حق الملكية وحرية المبادرة الخاصة مضمونان"، وأن:" للقانون أن يحد من مداهما وممارستهما إذا ادعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي والاجتماعي للبلاد"، وقد أوردت الأحكام، التي نعتبرها كآثار لتقرير: حرية المبادرة هي النص على أن:"إحداث المؤسسات العمومية"(المطة الثامنة من الفصل السادس والأربعون) و"تأميم المنشآت ونقلها من القطاع العام إلى القطاع الخاص"(المطة التاسعة من نفس الفصل) بختم بها القانون.

---

[1] Rapport du PR Michel herbier : « la base constitutionnelle du système économique de marché» «état de droit et transition vers une économie de marché» ‹séminaire unième. Conseil de l'Europe ‹1993».

[2]Charvin R. (dir), l'Algérie en mutation, les instruments juridiques de passage à l'économie du marché: le cas algérien, centre de recherche en droit économique (C.N.R.S), Harmattan, 2001.

[3] Boussoumah M. la parenthèse des pouvoirs publics constitutionnels de 1992 à 1998, O.P.U, Alger, 2015.

[4] الدستور الموريتاني.

[5] الدستور التونسي.

وأكّد التعديل الأخير[1] على نفس المبادئ حيث نصّ الفصل 35 أنّه: «**يضمن القانون حق الملكية ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد**»، ولتؤكد الفقرة الثانية من نفس الفصل على أنّ: «**تضمن الدولة حرية المبادرة والمقاولة، والتنافس الحر**»، نلاحظ أنّ المؤسس المغربي قد صاغ مادة كثيفة جمعت ما أُعتبِر من قِبَل نُظم أخرى مبادئ متناثرة، وهو لم يستعمل مصطلح حرية التجارة والصناعة متأثرا، باجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي الذي استعمل مصطلح حرية المبادرة ولكن ما يميّز مضمون المادة هو دسترته لمبدأ المنافسة، في سابقة مهمة حيث لم يدستر ذلك في النظام الفرنسي، وقد استتبعها أنّ البرلمان يشرع في ما يتعلّق بـ: «إحداث المؤسسات العمومية وكل شخص اعتباري من أشخاص القانون العام» (الفصل 27/71) وكذا ما تعلق بـ: «تأميم المنشآت ونظام الخوصصة» (الفصل 30/71).

ونجد أنّ دستور تونس بعد الثورة يؤكد على نفس التوجهات، حيث نصّت المادة 41 على أنّ: «حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون»، والتي ترتب عنها اختصاص المشرّع بـ: "إحداث أصناف المؤسسات والمنشأة العمومية والإجراءات المنضمة للتفويت فيها". (المادة 65). فهو لم يستعمل مصطلح حرية التجارة والصناعة ولا حرية المقاولة، ولكن المعنى القانوني ينصرف الى تقريرها، فمضمون المادتين يفيد بذلك.

ويمكن القول إنالعولمة ومقتضياته القانونية، جعلت كثير من الدول تتأقلم سواء من حيث نصوصها القانونية أو من خلال الاتفاقيات التي تبرمها وكذا تأقلمها من حيث الممارسة القضائية ونجد مثال مصر فهي بالرغم من كونها:"(...) دولة نظامها اشتراكي" (المادة الأولى من الدستور المصري)[2] فإن اجتهاد قضائها الدستوري طور أحكاما جعل أحد الدارسين الأجانب[3] يقول أن:" المحكمة الدستورية العليا، تعد عاملا لليبيرالية الاقتصادية".La H.C.C, est un agent du libéralisme économique، والذي أدى إلى تبني المبدأ في تعديل الدستوري سنة 2007.

وبالمقارنة مع النظام الفرنسي، فإن هذا التفسير موجود، ولكن بتفسير المجلس الدستوري. وهو يذهب في نفسالاتجاه نظرا للمنطق القانوني السائد ونظرا لتقاسم نفس المبادئ والقواعد القانونية.

---

[1] ظاهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 شعبان 1432، ومشروع الدستور في: الجريدة الرسمية: النشرة العامة، المملكة المغربية، عدد 5952 مكرر (17 يونيو 2011)، ص 2939.

[2] دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971. طبع دار الحقانية لتوزيع الكتب القانونية 2006

[3]Nathalie Bernard-Maugiron, la politique à l'épreuvedu judiciaire : la juste constitutionnelle en Egypte. Edition Bruylant. Bruxelles.2003

فقد اجتهد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الشهير حول التأميمات لسنة 1982[1] للتذكير بالمبدأ القاضي بأن:" الحرية، كما جاء في أحكام المادة الرابعة (04) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، تتمثل في القيام بفعل لا يضر بالغير، فلا يتصور حمايتها إذا أوردت تضييقات تعسفية وعلى الحق في المبادرة".

انّ الحرية كما أكدها المجلس الدستوري الفرنسي عبر اجتهاده: «تؤدي، طبعا، إلى تحديد(تقليص) سلطة إنشاء مرافق عمومية من قبل الدولة (...)»[2].

إنّ هذه الحرية تؤسس لمنع الدولة من تأسيس مرافق عامة، وهو أمنية كثير من الليبيراليين، ولكن الأمر لم يكن كذلك في فرنسا، فقد جعل المجلس الدستوري نفسه يؤكد على أن هذه الحرية ليست مطلقا، ولا عامة. فقد ذكر في قراره المتعلق بالاتصال السمعي والبصري[3] على أن: «حرية المبادرة ليست عامة، ولا مطلقة، ولا يمكن أن توجد إلا في إطار تنظيم يقره القانون»، والتالي فإنه يمكن للمشرع أن «يورد قيودا يقتضيها لصالح العام (...)»[4].

وقياسا على الاجتهاد الفرنسي، فإننا يمكن التأكد على نفس الآثار، حيث أنّ تلك"التضييقات" كقيود ترد على هذه الحرية.

إن المؤسس أقر أن:" حرية التجارة والصناعة" مضمونة، تمارس في إطار القانون (المادة 37 من دستور 1996) فلا يمكن للقانون إلا "ضمان أثرها الكامل"، فالسلطة التشريعية: «بإمكانها أن تفرض شروط للممارسة هذا الحق، لكنه ليس بإمكانها أن تحذفه تماما (...)» (الحيثية في النقطة الثانية من القرار الأول للمجلس الدستوري).

وقد تدعم مبدأ التجارة والصناعة بأحكام اتفاقية، وخاصة اتفاق الشراكة المتوسطية مع الاتحاد الأوروبي[5]، فقد جاء في مقدمة ولاتفاق النص على أنّه: «**اعتبار الاهتمام الذي يوليه الطرفان لاحترام مبادئ ميثاق الأمم المتحدة، وخاصة احترام حقوق الإنسان والحريات السياسية والاقتصادية التي تشكل**

---

[1]Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299.
[2]Guglielmi Gilles,Geneviève kobi, droit du service public,2°= édition Montchrestien.
[3] C.C.N°84.141, la loi sur la communication audiovisuelle.
[4]Ibidem.
[5] مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1426 الموافق 27 أفريل سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالنسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 الى 6 والبروتوكولات من رقم 1 الى 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، جريدة رسمية، العدد 31، بتاريخ 30 أفريل 2005.

أساس الشراكة نفسها»، فالنص على الحريات، والحرية الاقتصادية واضح، بها يرسخ المبدأ الدستوري لحرية التجارة والصناعة، باعتبار أنّ: «(...) **أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القانون، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية (...)»**[1]، وهكذا تصبح هذه الأحكام الاتفاقية جزءا من "طائفة الدستورية"[2]. ومما يرسخ قوة الحضور للمبدأ هو ما نصّت عليه الفقرة الأخيرة لديباجة الاتفاقية حيث ذكرت أنّ: «(...) **هذا الاتفاق يشكل إطارا مناسبا لازدهار شراكة تقوم على المبادرة الخاصة (...)».**

وقد بدأ تأثير مبدأ حرية التجارة والصناعة على القضاء، فقد استند اليه قاضي مجلس الدولة في قضية محافظ بنك الجزائر ضد اتحاد البنوك (يونيون بنك)[3]، وقد جعله في صلب حيثيته، وذكر بصريح المصطلح، والذي نعتبره أهم آلية لنشر الدسترة كآلية فعال لحفظ الحقوق.

وقد أصبح مبدأ يؤطر السياسيات العمومية المنطلقة من اجتهاد السلطة التنفيذية كما سنذكره فيما يتعلق بتذكير رئيس الجمهورية بالمبدأ كضابط للنشاط الاقتصادي عموما، وكضابط ومؤطر لتدخل الدولة في تأطيره وتنظيمه ورقابته[4].

نلاحظ أنّ القاضي قد اعتبرها حرية أساسية.

فلا يملك المشرع سلطة تقديرية في أن يقيم هذه الحرية فهو ملزم بأن يجعلها" فعلية" فهي بذلك تقتضي منه سلوك إيجابي بأن يسعى إلى إقامته فهو يقتضي ادن، وبالضرورة، عملا مزدوجا يتمثّل " تحرير" جميع النشاطات الاقتصادية. ويقتضي الأمر"خوصصة" القطاع العام.

الفقرة الثانية: مبدأ لتأطير تدخل الدولة

يرى الأستاذين Gulgielmiو G. Kobi أن:"الدستور، تكريسه لوجود حرية المبادرة، لا يقيم عائقا لإنشاء المرافق العامة من قبل الدولة"[5].

---

[1] حيثية من القرار رقم 1 لـ 20 غشت 1989.

[2] سنتناوله في الفقرة الثانية.

[3] سنعود لها في الباب الثاني، الفصل الأول، المبحث الأول، المطلب الثاني.

[4] سنعود له.

[5] Guglielmi, op.cit. P204

وقد توفرت الفرصة للمشرّع العضوي، بأن ينص على المرفق العام في القانون العضوي للإعلام، في صيغة تعطي الأولوية لحرية ممارسة الإعلام، حيث تأتي الخدمة العمومية تحت سلطان هذه الحرية، فعليها احترام الخدمة العمومية، وليس العكس، بأن يحترم المرفق العام حرية الإعلام، حيث تنص المادة 02 القانون العضوي[1] على: «**أن يمارس نشاط الإعلام بحرية في ظل احترام: (...) مهام والتزامات الخدمة العمومية (...)».**

يقيد ذلك المضمون، الذي اعتبره المجلس الدستوري دستوريا، بتأسيس دستوري غير مباشر للخدمة العمومية، حيث أنّه ينبثق من التوثيق بين الحرية والخدمة العمومية، ولا شك أنّ المقصود بالخدمة العمومية هو ما جاء النص عليه في اعتبار: «**النشاط السمعي-البصري مهمة ذات خدمة عمومية**» (المادة 59).

ومهما يكن نلاحظ أنّه، بمناسبة إيراد القيود على حرية الإعلام، فإنّ المشرّع العضوي، تحت رقابة المجلس الدستوري، قد أورد القيود، التي ترد على أيّة حرية.

فهذه القيود عامة تشمل مجال الصالح العام في مفهومه الأكثر اتساعا، فيرد الصالح العام، وخاصة الخدمة العمومية، على كل الحريات، ومما يدعم سندنا في هذا التأكيد هو التأشيرات الدستورية للقانون العضوي للإعلام، فقد شملت المواد الدستورية المتعلقة بحماية كل الحقوق والحريات[2]، حيث لا يظهر التمييز بينها ولا تقام الهرمية بينهما.

يبرز لنا هذا المثال المتعلق بأخطر حرية، تأثير الحرية الدستورية في خلق المرافق العمومية، فهي تظهر كاستثناء، وهي تظهر كقيد يرد عيلها، وقد أدى ذلك التأطير المبدئي الشديد المستمد من الدستور بمنطقه الجديد كضامن للحريات.

يرى الأستاذين Gulgielmi et Kobi أن:" القيد الوحيد، الذي نرصده، انطلاقا من قرارات المجلس، هو أن يتحول عدد كبير من النشاطات الخاصة والعامة إلى مرافق عامة مع احتكارها، والتي تؤدي إلى المساس العام والكبير بالنظام الاقتصادي والاجتماعي للمؤسسة الحرة"[3].

---

[1] القانون العضوي رقم 05/12 يتعلق بالإعلام المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012.

[2] سبق تناول هذه النقطة في المبحث السابق: النظام العام.

[3] «la seule limite,relevée à partir des décisions du conseil serait la transformation en service public avec monopole d'un grand nombre d'activités privés et publiques qui porterait ainsi une atteinte générale et massive au régime et économique et sociale de l'entreprise»

والحقيقة، كما يلاحظها الفقه في تعليقاته حول قرارات القضاء الإداري الفرنسي (مجلس الدولة)، وخاصة في تعليقه على قرار مجلس الدولة بتاريخ 23ماي 2003 (communauté des communes (Artois-lys))[1].

فقد كان الأمر يتعلق بإنشاء مرفق عام لتأهيل منشآت التطهير غير الجماعي، فهل يجوز للسلطة الإدارية أن تمدد ذلك كنشاط تكميلي كما هو مقبول قضاء. فهو يقلبها بمبررات تتأخذ بعين الاعتبار مبدأ حرية التجارة والصناعة

فحسب حيثية القاضي فإنّ: «البلديات وتجمعاتها، لا يحق لها تمديد هدف المرفق العام الصناعي والتجاري المتمثل في مصلحة التطهير الجماعي إلا إذا برره الصالح العام وفي إطار احترام مبدأ التجارة والصناعة»[*].

علق الأستاذ **فور**Faure على ذلك بأن كتب: «هكذا، فإن المبادرة العامة تتم تحت سلطة مبدأ حرية التجارة والصناعة والذي يشهد دائرة تأثيره تعاد صياغتها بصفة توسيعية»[2].

ويخلص إلى استنتاج هام يلم بتطور تفسير وتطبيق المبدأ من قبل مجلس الدولة، فهو بعد أن يلاحظ أن للمبدأ تفسير واسع، ومطاط Une interprétation généralisante et élastique، يكتب عن كيفية تحول المبدأ: «من منع للتصرف في الأصل فيتحول إلى مبدأ للتسيير، مدعو، بشكل كبير، إلى تأطير وعقلنة وتصحيح النشاطات العمومية وسلوكاتها، وفي الأخير، فهي تنظيم للتعايش السلمي بين الإدارة والاقتصاد»[3].

---

[1] Faure Bertrand, remarques sur les mutations du principe de la liberté du commence et d’industrie, note sous conseil d’Etat,23 mai 2003,communauté des communes (artois-lys) mars-avril 2004.p29.

[*] « Les communes ou leurs groupement ne peuvent étendre l’objet des spic que constitue le service d’assainissement non collectif que si un intérêt public le justifie et dans le respect du principe de liberté d’industrie et du commerce» op.cit. الترجمة للطالب

[2] Op.cit.p.243

[3] «….d’une interdiction d’agir à l’origine,elle se transforme en principe de gestion appelé,de manière plus considérable,à encadrer,rationnaliser et corriger les activités publiques et leur conduite,finalement rien qu’organiser la coexistence pacifique de l’administration et de l’économie» P.303.

والحقيقة أن الأستاذ Delaubadere دولوبادير ذكر أن النتيجة الثانية فيما يتعلق بحرية التجارة والصناعة تتمثل بالنسبة للأشخاص العمومية في أن هذه الحرية:"تحدد شروط تدخلا لأشخاص العمومية في النشاط الاقتصادي"[1].

إنّ النتيجة، هي ميدان للمرفق العام"مقلص" دستوريا، ولكن المشرع يستطيع أن يقيم مرافق عامة "تشريعية" إذا كانت تمس الحريات، كما سنرى في الفقرات اللاحقة.

نستخلص أن رسم دائرة المرفق العام تخضع الاعتبارات والمتطلبات من طبيعة دستورية تتمثل في كامل الحريات والحقوق وخاصة حرية التجارة والصناعة، وبالتالي فإن المشرع ليس حرا، ومن باب أولى فإن الإدارة تفقد حرية قد تعتقد أنها تملكها بحكم "استقلاليتها" التنظيمية، وكذا جرت العادة، حيث كانت الممارسة تؤكد ذلك.

والحقيقة، أنّ الواقع القانون الوضعي الجزائري يسمح لنا بقياس تأثير مبدأ الحرية، وخاصة الحرية الاقتصادية، المرتكزة أساسا على مبدأ حرية التجارة والصناعة، والذي يُجسّده مبدأ المنافسة كأحد أهم متطلباته الأساسية، فقد أصبح محلا للأخذ به من قبل الفاعلين القانونيين الأساسين.

فمبدأ حرية التجارة والصناعة يؤسس لإقامة منظومة قانونية لاحترام المنافسة[2]، بضمانات مؤسساتية[3]، تؤطر النشاط العمومي، سواء كان اقتصاديا بحتا، أو ما تعلق بالمرفق العام[4].

فأما ما تعلق بالمرفق عموما، دون المرافق العمومية الاقتصادية، فإنّه يخضع لتأثير الحقوق والحريات، وخاصة الفردية منها، فالمرافق ذات الطابع الاجتماعي كالتعليم العالي ولتربية والصحة، ترد عليها الحريات، ما عدا النواة المكونة من المرافق السيادية.

ولكن الأثر الأهم يعود لحرية التجارة والصناعة، فهو يُسهم في تأطير عملية التدخل العمومي للدولة في المجال الاقتصادي، الذي يؤول إلى الأفراد، واقتضى ذلك إخضاع المؤسسات العمومية الاقتصادية المملوكة رأسمالها للدولة، لنفس القواعد القانونية التي يخضع لها الأفراد، وخصوصا الخضوع لمنافسة، حيث تنص المادة الثانية من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنّه: «**يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين، إذا كانت لا**

---

[1] Faure. Op.cit.

[2] الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل المتمم.

[3] السلطات: خاصة مجلس المنافسة.

[4] السلطات الإدارية الضبطية القطاعية (الماء-الكهرباء-البريد-النقل-التبغ-والمواد التبعية كأمثلة....).

تندرج في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام»[1].، ونستنتج منه، عدم خضوع المرافق العامة لمبدأ المنافسة، فهل يقصد بها كل المرافق العامة؟، أو بعض منها كالمرافق الإدارية؟.

يصعب الإجابة على السؤال، بشكل صحيح، وبالإطلاق، فالأمر يعود إلى المشرعين، والقضاة فهم المفسرين الأصليين les interprètes authentiques ولكننا، يمكننا القول أنّها لا تخضع للنص العام، ألا وهو امر المنافسة، إلا أنها تخضع للنصوص الخاصة المنضمة للمرافق العمومية العامة، وخاصة المكتسبة للطابع الاقتصادي، كقطاعات البريد والماء والكهرباء، والنقل، فإنّ "تبعات المرفق العام" تنظم، خاصة، بواسطة دفاتر الشروط المتضمنة امتيازات المرفق العام لقطاع معين، والتي تسهر السلطات الضبطية القطاعية على أن يحقق المرفق العام وتنفذ مهامه في إطار محدد من المنافسة الجزئية، وبالتالي، فالأمر يتعلّق بالتوفيق بين الحرية التجارة والصناعة والمرفق العام، والذي وَلَدَ وأنتج مفهوما هو "ضبط المرفق العام" régulation des services publics[2] الذي يعني الإخضاع المحدود للمرفق العام للمنافسة.

والحقيقة، أنّ النصوص المنظمة للمرافق العمومية الاقتصادية أخضعتها للمبدأ، من حيث إدارتها ومن حيث سيرها[3]. وهكذا، فإنّ سلطة ضبط البريد والمواصلات تسهر على احترام المنافسة في قطاع الاتصالات، وكذا السهر على متطلبات: "الخدمة الشاملة" service universel (صورة من المرفق العام)[4]، وكذلك: "لجنة ضبط الكهرباء والغاز" التي تسهر من جهة سوق الكهرباء (كهدف بعيد) وعلى تنفيذ "مهمة المرفق العام" المتمثل في "نشاط نقل وتوزيع الكهرباء"، وكذا نقل وتوزيع الغاز عبر القنوات[5]، وكذلك ما تعلق بسير مرفق الماء[6]، ففي هذين النشاطين المرفقين، تم الفصل بين نشاطات الإنتاج، التي أخضعت لمبدأ المنافسة، ونشاطات التوزيع والخدمات التي اعتبرها المشرّع "نشاطات مرفق العام"، فينجز

---

[1] الأمر 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر. عدد 43، ص 25.

[2] Revue IDADA, numéro spécial, N°28, Année 2004.

[3] النصوص التشريعية، وعلى الخصوص:

[4] قانون رقم 00-03 المتعلق بالبريد والمواصلات، المواد: 14 و15 و16 و19.

[5] القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء، ونقل الغاز عبر القنوات ج.ر، عدد 08، بتاريخ 06 فيفري 2002، المادة السادسة.

[6] قانون أوت 2005 حول الماء (قانون 05-12) والمرسوم التنفيذي رقم 08-303 بتاريخ 27 سبتمبر 2008 الذي يحدد صلاحيات، وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية وعملها.

عن ذلك أن منحها وسيرها يخضع للمبدأ، نظرا للاعتقاد الراسخ لدى الليبيراليين بفعالية السوق الذي يؤدي الى تحسين المرفق العام والوصول إلى سعر ونوعية حسنة (rapport qualité prix) بما يحقق مبدأ فعالية المرافق العامة كمتطلب جديد، والذي يعني الابتعاد عن الدائرة السلمية المتراكمة للحجز العمومي للدين العام.

ومهما يكن، فإنّ معرفة الواقع القانوني، أي النصوص الوضعية لا يكفي في غياب الوظيفة القضائية التي تكشف عن المعاني والاثار القانونية لهذا الزواج غير المقدس بين المرفق العام وحرية التجارة والصناعة يمتد عموديا وأفقيا.

وهكذا، فإنّ حرية ممارسة الاعلام المضمونة لا تمنع إنشاء لأشخاص عمومية أو هيئات الإدارية للصحف، ولكنها، وبالضرورة تخضع لنفس القواعد القانونية. ونظرا لكون هذه الحرية تملك بعدا اقتصاديا أكيدا، فيترتب عن ذلك حصر نشاط الإدارة الإعلامي فيما هو "مرفق عام"، وكذا خضوعها، كما الخوص، لسلطة ضبط الصحافة المكتوبة التي تسهر على: «شفافية القواعد الاقتصادية في سير المؤسسات الناشرة»، وكذا «السهر على منع تمركز العناوين والأجهزة تحت تأثير المالي والسياسي والإيديولوجي لمالك واحد». (المادة 40 من القانون العضوي).

ومهما يكن، فإنّ القرارات القضائية، اليتي أمكننا الاطلاع عليها، لا يتوفر لنا الحجم المطلوب، لإضافة الى غياب النوعية الجيدة لها التي لا يمكننا من استخلاص نتائج، ولإنّ سمحت لنا بتلمس بداية حركية في اتجاه معرفة مدى تطبيق القانون وتفسيره على ضوء الوقائع القانونية والتصرفات عموما للمتعاملين العمومين.

فأمّا بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية، فقد طرح إشكال في قرار صادر عن مجلس المنافسة[1] حيث أخطرَ وزير التجارة مجلس المنافسة بممارية الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، وقد أصدر المجلس قرار مؤسسا على جملة من المعاينات والأسباب، حيث لاحظ: «بقاء السوق على هامش التحولات التي أفرزها تحرير التجارة الخارجية»، حيث «لا يزال محل احتكار للشركة الوطنية للتبغ والكبريت»، «رغم محاولة بعض المتعاملين الاقتصاديين الدخول فيها، ليلاحظ المجلس أن: «طبيعته لم تتغيّر»، «مما يجعل الشركة المعنية تضطلع دون سواها بالتموين». ولينتقل المجلس الى ذكر الوقائع حيث: «(...) أنّ الشركة الوطنية للتبغ والكبريت تبيع لبعض الزبائن دفعة واحدة كميات من التبغ تصل

[1] قرار رقم 98 ق 3 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998 المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت.

الى ألف (1000) علبة للزبون الواحد بينما لا يستفيد البعض الآخر إلا بمائة (100) علبة لكل زبون هذا في حال عدم رفض عروضهم»، وقد الأسانيد التي اعتمدتها تتمثل في لإدانة البيع نظام الحصص في البيع فإنّ ذلك لا يبرر إقصاء بعض الزبائن ورفض الاستجابة لطلباتهم»، كيفه المجلس في حيثيته أن: «(...) موقعها في السوق موقع احتكار وهيمنة وأنّ وضعية الزبائن وضعية تبعية شبه مطلقة، فإنّ التعامل معهم على هذا النحو يعدّ ممارسة تعسّفية مما يتعيّن الأخذ بأحكام الفقرة الأولى من المادة 7 من الأمر المتعلق بالمنافسة»، ودون الإطالة في عرض القرار الذي انتهى بتطبيق أحكام الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة ، فإنّ نسجل عدم الاستجابة والتطبيق للأحكام المتعلق برفع الاحتكارات الموجودة بفعل مراسيم أكتوبر 1988.

وقد سنحت الفرصة للقضاء الإداري أن يثير مبدأ حرية التجارة والصناعة في قضية محافظ بنك الجزائر ضد يونيون بنك[1] حيث في حيثية رئيس مجلس الدولة: «**إنّ رئيس مجلس الدولة عندما لاحظ المساس الغير مسبب النشاط اليومي ليونينبنك قد حافظ على الحرية الأساسية للتجارة والصناعة كما ينص عليها لدستور في مادته 37 ان هذا المساس بحرية أساسية مضمونة من طرف الدستور بقرار غير مسبب وبالتالي مخالف للمبادئ العامة**».

يظهر القرار أثر مبدأ حرية التجارة والصناعة، ويقتضي ذلك سلسلة من الملاحظات، فأهمها على الإطلاق ما تعلق بتأثرها المباشر فهي حجة وسند قانوني مباشر، فلا تحتاج الى معايير مشتقة لتجسيدها، وقد أصبح ذلك أمرا مؤكدا بالنظر الى الاجتهاد المكرس في النظام الفرنسي حيث أنّ: «**الحقوق الأساسية المتعلقة بالاقتصاد لا تملك نظاما واحدا، حيث يوجد فرق في المضمون أو الأثر القانوني بين الحقوق المتعلقة بتنظيم الاقتصاد، أي الحقوق والحريات التي لها صلة بالإنتاج والسوق، وتلك المتعلقة بالحقوق الاجتماعية (...)**»[2]، وليستنتج الأستاذ Garnier أنّ: «**الحقوق المشار لها أولا هي حقوق ذاتية، حيث أنّها قابلة للتطبيق المباشر، في حين أنّ الثانية لا توجد، بالنسبة للمواطن، إلا من خلال إقامته من قبل السلطات**»[3].

---

[1] مجلس الدولة، قرار بتاريخ 2000/04/24، قضية محافظ بنك الجزائر ضد يونيون بنك، ملف رقم 001496، منشور في: غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة، الجزائر 2014، ص 110.

[2] Roxane Garnier, La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence ce du conseil constitutionnel, R.D.P. N°2, 2004. P.460.

[3]Ibid.

ورغم أن الحقوق الاقتصادية هي لفائدة الأفراد، وتطبق بشكل مباشر، فإنها قد تمدد الى الأشخاص العمومية، حيث أنّ الحماية الدستورية لحق الملكية ينطبق على ملكية الدولة والأشخاص العامة الأخرى (بموجب قرار المجلس الدستوري لجوان 1986)، كما، في النظام الفرنسي، والتي تم دسترتها غب إطار المادة 17 من دستور 1996.

نستخلص، أنّ مجموع الحريات تُعدّ حدوداً لسلطة الدولة، وخاصة حرية التجارة والصناعة، التي قلصت مجال المرفق العام، بما يسهم في تحديد ميدان الإدارة العمومية.

الفرع الثاني: مرفق عام "مقلص"

نستخلص من الفقرة السابقة، أن حرية التجارة والصناعة ليست مطلقة بل ترد عليها قيود تتمثل في المرافق العامة.

فلم يعد للإدارة وللمشرع سلطة تقديرية في خلق المرافق العامة (مرفق مادي) التي تمس بالحريات (الفقرة الثانية) بل أن المشرع أصبح "مجسد" لتلك الحرية، فلا يستطيع انشاء المرافق إلا في مجال ضيق (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: التقليص الدستوري لمجال المرفق العام:

لم يكتفي المؤسس بأن جعل حرية التجارة والصناعة مضمونة دستوريا بل أقر لها ضمانات تعتبر مقتضيات ضرورية للدولة (1) في مرحلة الانتقال اقتصاد السوق لتجسيد تلك الحرية والتي أنتجت "مرفقا عاما" ماديا(2).

(1) المقتضيات:نص المؤسس الدستوري على مجموعة ضمانات لتجسيد الحرية التي تعتبر مقتضيات لها ولعل أهمها هو النص على اختصاص المشرّع بالخصخصة (المادة 28/122 من دستور 1996)، وكذا أنه يعود للبرلمان "إنشاء فئات المؤسسات" (نفس المادة 122).

وقد ترتبت عدة أحكام ونتائج فأنّ المادة 28/122، فهي جاءت أساسا، كمقتضى لتقليص حجم القطاع العام الضخم، وخاصة في القطاع الصناعي. ولكنها كحكم قانوني دستوري دائم، فإن لها قراءات أكثر عمقا.

فمضمون المادة يؤسس دستوريا لتمييز بين القطاع العام والقطاع الخاص، وهو، في نفس الوقت يقر الصلة القائمة بينهما.

ولكن مقتضى الفقرة 28 من المادة 122، لا يفهم إلا على ضوء المادة 37.والحقيقة أن التصور المتعلق بوظيفة القانون تجعل أن المؤسس الدستوري قد أسس لحرية التجارة والصناعة بشكل مبدئي. فقراءتنا الدستورية على ضوء اجتهاد المجلس الدستوري. فهي في الواقع، قد أحدث تغييرا جذريا في النظر للقانون.

فالمؤسس عندما قرر أن: «"حرية التجارة مضمونة" فهي مضمونة دستوريا وينحصر دور القانون في تجسيدها»، فـ«(...) دور القانون هو تطبيق المبدأ الدستوري بالنص على إجراءات وكيفيات ممارسة وليس تقليصه أو إفراغه من محتواه بفرض قيود عليه». (نفس الحيثية)[1]، فهو بهذا يؤدي وظيفة سلبية، فيمنع عليه التقليص، ولكنه يخضع المجلس الشعبي الوطني لاختصاص مقيد، فينتقل إلى ممارسة وظيفة إيجابية فـ: «يجب أن يهدف إلى ضمان ممارسة فعلية للحق أو الحرية المعترف بها دستوريا» (نفس الحيثية).

فالفقرة 28 من المادة 122 أثر لوجود المادة 37. فالمؤسس يظهر إرادته في "...نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص" فهو أمر موجه للمشرع بتقليص وإعدام للقطاع العام الاقتصادي.

إنّ القراءة الدستورية تقتضي القول إن هذا الحكم وسيلة أساسية لإقامة "وتجسيد" "وفعلية" حرية التجارة والصناعة. ونلاحظ أن المشرع لم ينص على التأميم، بخلاف ما هو الحال عليه في فرنسا وهو ما يعزز فهمنا بأن إرادة المؤسس الدستوري انصرفت إلى التقليص في المرافق العامة دون إعطاء المشرع أي اختصاص لإعادة بعض النشاطات إلى ميدان المرافق العامة.

تنصب مجموعة أحكام التعديل نوفمبر 1996 في نفس الاتجاه. فتقرير هذه الحرية أحدث زلزالا قانونيا في نظام مازال تحت وطأة " الإرث الاشتراكي"، من حيث الذهنية والتفكير، وخاصة بالنظر لوجود قطاع اقتصادي ضخم مازال في قبضة الإدارة.

---

[1] الحيثية الثالثة النقطة 1–أ–رأي رقم 1 رأ.ق ع ض\م.د المؤرخ في 27 شوال عام 1417الموافق 6 مارس 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور. والذي يؤكد في عدة أراء وقرارات والذي تؤكده في عدة قرارات كالرأي رقم 02 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء في النقطة العاشرة حيث أورد نفس الحيثية ج. ورقم. سنة 2005

وهكذا، فقد نص التعديل الدستوري على الخصخصة، فيعود للبرلمان التشريع بوضع: "قواعد نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص"، ويعود له أيضا الاختصاص "بإنشاء فئات المؤسسات" (الفقرة29 من المادة122) مما يظهر تضييقات التي قررها المؤسس بأنها جعل خلق هيئات جديدة من اختصاص المشرع وتقليصا لسلطة الإدارة في الإنشاء.

ونتيجة لذلك، فقد أصدر المشرع سلسلة من النصوص تتعلق من جهة بوضع القواعد العامة للنشاط الاقتصادي بتكريس هذه الحرية، ومن جهة أخرى، فقد أعاد تنظيم كثير من القطاعات العامة المرتبطة بنشاط المرفق العام على ضوء مبدأ حرية التجارة والصناعة.

فأمّا ما تعلق بوضع القواعد العامة للنشاط الاقتصادي الذي أصبح يؤول مبدئيا للأفراد، فالضمانات والآثار المترتبة عن هذه الحرية قد تم التكفل بها عبر عدة نصوص قانونية بل أنه، في الحقيقة فإن المؤسس قد دسترة مبدأ حرية التجارة والصناعة نظرا لتكريس نظامه وضماناته وبعض أثاره حتى قبل التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996.

فقد سبقت النصوص المكرسة للمنافسة[1]، والخصخصة[2] التعديل، فكانت "دسترة" المبدأ "تكريسيا" و"ترقية" لمبدأ الحرية الاقتصادية الموجودة في التشريع والانسياق لذلك فكان الأمر يتعلق بتقرير ضمانات الحرية الاقتصادية حتى قبل إقرارها دستوريا. وكان ذلك في خصمالسياسات التعديل الهيكلي PAS والاتفاق الثلاثي (1996-1998) مع الصندوق النقد الدولي في إطار سياسات الانتقال إلى اقتصاد السوق بالنسبة للاقتصاد مخطط[3].

وأمّا النوع الثاني من النصوص فهو ما يتعلق بإعادة تنظيم المرافق العامة[4] على ضوء مبدأ حرية التجارة والصناعة.

ترتب عن ذلك منح المشرع سلطة مقيدة، "فهو لا يستطيع إلا إيراد "التطبيقات الضرورية". فهو بذلك، يؤسس لسلطة تشريعية مؤطرة، فاجتهاد المجلس الدستوري يسمح للمشرع بسلطة تقديرية ترتبط بالضرورة.ان الحيثية الوحيدة التي تسمح في اجتهاد الدستوري الجزائري ملك السلطة التقديرية، فجميع

---

[1] الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة.

[2] الأمر رقم 95-22 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادي.

[3] Commission européenne. Conseil de l'Europe. Etat de droit et transition vers une économie demarché.

[4] سنعود له في الفقرة القادمة

الحيثيات، كما رأينا، تحدد وظيفة للقانون تجعل سلطة للمشرع سلطة مقيدة، خاصة في مجال الحقوق والحريات.

فقياسا على ذلك فحرية التجارة والصناعة تستفيد من نفس التصور الدستوري فلا يملك المشرع إلا سلطة "ضيقة" ترتبط بالضرورة.

فقراءتنا للمادة 37 من الدستور على ضوء حيثية المجلس الدستوري المذكورة انفا، تعطي حرية للمشرع للتوفيق بين ضمان حرية التجارة والصناعة وإقامة المرافق العامة.فإذا كانت الحريات والحقوق تستفيد من النص عليها صراحة في النص الدستوري، وكذا ضمانتها، فإن المرافق ليست كذلك، فالمصطلح يكاد يكون منعدما إذا ما استثنينانا جاء في المادة 57 من ذكر: "الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع"، والمادة 170 منه.

فالمشرع مدعو إلى "خلق مرافقة عامة" غير منصوص عليها في الدستور، فهو بحكم "السلطة التقديرية التي يملكها" (الحيثية الأولى للقرار رقم 2 المتعلق بالنائب) يمكنه خلق ما يمكن تسميته بـ "مرافق عامة "تشريعية"، فهل يمكن خلق بعضها على أساس الاتفاقيات الدولية؟

في الحقيقة، فإنّ الاتفاقيات تعدّ جزءا من "الطائفة الدستورية" بعد المصادقة عليها ونشرها.

وقد نصّ العهدين الدوليين، الذي يعدّان جزءا من النظام القانوني، على مجموعة من الحقوق التي يمكن أن تكون، أساسا، لمرافق عمومة، وخاصة ما جاء في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

فقد أورد حكما عاما يقضي بأنّه: «**لا يقبل فرض أي قيد أو أي تضييق على أي من حقوق الإنسان الأساسية المعترف بها أو النافذة في أي بلد تطبيق القوانين أو اتفاقيات أو أنظمة أو أعراف، بذريعة كون هذا العهد لا يعترف بها أوكون اعترافه بها أضيق مدي**» (الفقرة الثانية من المادة 5 من العهد الدولي). بعد أن كان أكّد في فقرته الأولى من المادة ذاتها أنّه: «**ليس في هذا العهد أي حكم يجوز تأويله على نحو يفيد انطواء ه على أي حق لأي دولة أو جماعة أو شخص بمباشرة أي نشاط أو القيام بأي فعل يهدف إلى إهدار أي من الحقوق أو الحريات المعترف بها في هذا العهد أو إلي فرض قيود عليها أو سعمنتل كالمنصوص عليها فيه**».

يفيد مضمون هذه المادة إمكانية التعارض وكذا إمكانية التكامل، بحكم أثار الاندماج في نظام قانوني قائم، بما يطرح من التمفصل الضروري بين ما هو مقرر في التشريع الوطني، ومن بينه الدستور،

وأحكام الاتفاقية، حيث تفيد أنّ التفسير (التأويل كما جاء في المصطلح المكرس في الاتفاقية) يجب أن يذهب الى تجسيد الأفضل لتلك الحقوق والحريات المعترف بها في العهد، حيث يطبق النص الأفضل لصاحب الحق.

ويبدو والنص الذي تضمنته الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة[1] أكثر وضوحا، حيث يقترح صياغته، كما جاءت في المادة 26 (الفصل السابع: أحكام ختامية–بنود احتياطية) ما يلي: «

1- **لا يمس أي حكم من أحكام هذا الميثاق بالأحكام الأكثر تأييدا للخدمة العامة والإدارة العامة أو بالقوانين حول حقوق وواجبات أعوان الخدمة العامة الواردة في التشريعات الوطنية للدول الأطراف أو في أ وثيقة إقليمية أو قارية او دولي.**
2- **في حالة التعارض بين حكمين او أكثر غفي هذا الميثاق، فإنّ التفسير المعتمد يكون ذلك الذي في صالح الحقوق والمصالح الشرعية لمستخدمي الخدمة العامة»**، إذا علمنا أنّ مصطلح مستخدم يعني "بمفهوم الميثاق الإفريقي" «**أي شخص قانوني أو طبيعي يطلب خدمة عامة».**

فالعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يهدف إلى ضمان التمتع بالحقوق المقرر فيه، والغاية: «**تعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي**» (المادة 04).

فقد أورد العهد مجموعة من الحقوق، تجد لها أساسا في التشريع الداخلي، سواء كان دستوريا، أو أقل في الهرمية القانونية، فهي لا شك، تدعم أساسها أي الإمكانية لإقامة مرافق عمومية، وتمنحنا شرعية تدعم وتندرج في نفس المنطق السائد حاليا حول جعل الخطاب القانوني يتمحور حول حقوق الإنسان.

ولعل من الميزات التي تُسهم فيها هذه الاتفاقية أنّها تفسّر وتفصّل وتدقق في كثير من عناصر ومكونات كثير من تلك الحقوق والحريات، مما يمنحنا مضمونا لا تجده، في النص الدستوري الذي يميز بمفاهيم "مجرّدة"، و"منقحة"، مما يسمح بالتفسير الواسع بما يترتب عنه من حرية للمشرعين والقضاة.

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 12–415 مؤرخ في 27 محرم عام 1434 الموافق 11 ديسمبر سنة 2012، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الجمعية العامة والإدارة، المعتمدة بأديس أبابا، بتاريخ 31 يناير 2011، ج.ر. عدد: 68، بتاريخ 16 ديسمبر 2012.

وهكذا فإنّ العهد يورد حقوقا بتفاصيل هامة، كالحق في العمل (المادة 06 منه)، وحماية الاسرة (الماد 10)، وهي تقر بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته (المادة 11)، وكذا التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية (المادة 12)، وكذلك حق كل فرد في التربية والتعليم (المادة 12).

وتسهم الاتفاقية الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب[1]في تأكيد كثير من الحقوق التي يتضمن نفس الحقوق المقرّرة في العهدين تقريبا، ولكنّه، وعلى خلاف تلكم العهدين فإنّها نصّت على المرافق العامة بشكل صريح، ومبدئي حيث نصت المادة الثالثة عشر على: «أنّه لكل شخص الحق في استعمال الأملاك والمرافق العامة في ظل المساواة أمام القانون».

نلاحظ النص المبدئي على الحق في المرفق، والذي بُتِر من تحديد مجال هاته المرافق العامة، وقد يفسر على انّه ترك لحرية الدول في تقرير تلك المرافق عبر تشريعاتها ونظمها، وهو نفس السلوك الذي نلاحظه في الميثاق الإفريقي، فهو اكتفى بتقرير، مبادئ المرفق العام، دون النص على أي مرفق عام، فالأمر يتعلّق بالحق في المرفق بشكل عام، والذي قرن بحق استعمال الأملاك الوطنية.

نستنتج، بالنسبة للاتفاقيات الدولية، أنّ الاختصاص، يعود للدول في تقريرها إنشاءها، وأنّه بحكم اندماجها في الطائفة الدستورية، تخضع لنفس المنطق الذي يقتضيه الدستور.

ولكن هذه السلطة التقديرية للمشرع في إنشاء المرافق العامة مرتبطة ومقيدة بالضرورة. إنّ مصطلح "الضرورة" والتضييقات الناتجة عنه قد ارتبط كما رأينا بمفهوم النظام العام. فيمكن أن يصبح ذلك مبررا لخلق مرافق جديدة تتعلق بحفظ النظام العام بالمفهوم الواسع، لأنّ المرافق المرتبطة بالضبط الإداري تعتبر مرافق دستورية بحكم دسترتها عبر المواد: 24 والفقرة 7 من المادة 123 من دستور 1996.

ويمكن للمشرع أن يستمد اختصاصاته انطلاقا مما جاء في المادة 57 فهي تشير إلى: «(...) جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع».

ونستخلص، أنّ المشرع ملزم بالتوفيق بين مقتضيات ضمان حرية التجارة والصناعة وإمكانية أيراد تضييقات على ذلك تتمثل في المرافق العامة سواء في حالة الخصخصة، أو في حالة تنظيم أي قطاع اقتصادي.

---

[1] المصادق عليها في نيروبي 27 جوان 1981، في القمة الثامنة عشر لمنظمة الوحدة الإفريقية والتي صادقت عليها الجزائر في 01 مارس 1987.

فمهما يكن، ويبدو إنشاء أو إلغاء أي مرفق عام يعود للمشرع بحكم هذه الأحكام مجتمعة، ويبدو ذلك بصفة عابرةincidente. فلا يوجد أي حكم دستوري صريح بذلك، ماعدا ما تعلق ببعض القطاعات التي تعد في الحقيقة "مرافق دستورية" (الفقرة اللاحقة).

وبذلك، فإنّ المرفق العام "التشريعي"ينبثق من الحرية، فهو يقيدها ويعد كأنه في بعض الأحيان استثناء عنها.

(2) يؤدي التصور الذي هو قائم إلى مرفق عام جديد، أو تنظيم مرفق عام قائم لا يكون الا على ضوء مبدأ حرية التجارة والصناعة. إن ذلك يؤدي إلى تلازم ميلاد المرافق العامة مع تنظيم شروط ممارسة الحريات. فهو قد تجسد من خلال النصوص الجديدة[1].

إن المشرع لا يملك إلا سلطة تضييق دائرة المرفق العام حسب المنطق الدستوري القائم، فهو وبنفس المنطق لا يستطيع توسيعه.

وإنّ تم ذلك، فيجب أن يتم بمنطق الحريات وخاصة حرية التجارة والصناعة.

إنّعملية التأطير الدستوري لإنشاء المرافق العمومية شديدة الوطأة، فهي تكاد تعدم الوجود القانوني للمرفق العام، الا بصفة استثنائية ومشروطة، ولقد تم ذلك كله كضمانة للحرية الاقتصادية التي هي غير موجودة في واقع الأمر، بحكم ضعف الرأسمال الوطني وهشاشة البور جوازيه مقابل قوة الارتباط بالخارج من خلال طبقة كومبرادوريةcompardor.

وبدون العودة إلى الواقع الاقتصادي والقانوني، فإنّ النصوص القانونية تبدو في الطليعة، فالأمر يتعلق بوضع إطار دستوري وليست بدسترة.

والحقيقة أن هذه القواعد الدستورية، جاءت تجسيدا الالتزامات الدولية للجزائر، التي تهدف، بالأساس إلى إقامة اقتصاد السوق. فالمرافق العامة. بالذات، وفي ظل انتصار الأفكار القائمة على فكرة تدخل للدولةl'État modeste تعرضت للنقد في عنصريها: وجودها وطريقة تسييرها.

فتبني المبادئ القائمة على الحرية على المستوى العالمي، أدّى الى المساس يطرق التدخل العمومي، وطرق رقابته[2]، وقد كان النموذج الفرنسي الأكثر تأثرا بحكم ما يسمّى: «المرفق العام على

---

[1] سنرى ذلك في الفقرة اللاحقة.

[2] Jean Chapez, Yan Laidé, Gérald Simon, Mondialisation et services publics in : la mondialisation du droit, (dir), Eric loque et Catherine kesso Jain, université de BOURGOGNE-C.N.R.S. litec, 2000, P.503

الطريقة الفرنسية»[1]، وخاصة في إطار الاتحاد الأوروبي، حيث يشير تقرير مجلس الدولة لسنة 1994 الى أنّ: «أوروبا (...)، نقوم بالأسوأ، حيث تجهل مفهوم المرفق العام ووجود المرافق العامة (...)»[2]، والذي يعود الى تطبيق التعليمات الأوروبية directives communautaire الهادفة الى تحرير النشاطات الخدمية وخلق سوق موحّدة من حيث التقنيات، أدّى ذلك التطوّر الى انحصار القطاع العام، وفقدانه لخصوصيته، فقد أصبح معيار المنافسة هو المهيمن[3]، فيقاس عليه سلوك الدو أي مراقبة مرافقها عبر تطبيق المنافسة الذي يؤدي الى اسقاط الامتيازات التي كانت تتمتّع بها هذه المرافق، وخاصة في مجال النشاطات ذات الطابع الاقتصادي، فقد تقلّص امتياز الاحتكار الشرعي الذي كانت تتمتّع به بعض مؤسسات الدول، فقد رأينا كيف أنّ ذلك قد تمّ بشكل سريع وفوري في الجزائر عن طريق مراسيم أكتوبر 1988.

وقد كان قرار سلطة ضبط البريد والمواصلات المتعلّق بالنزاع بين شركة أوراسكوم تيليكوم المستفيدة من رخصة الهاتف النقال (الشركة الجزائرية للاتصالات) (Algérie télécom)، أول قرار مدوّي ومؤسّس للمنافسة، وخاصة في مجال كانت فيه الشركة الوطنية تملك احتكار وتكيف بالمرفق العام، حيث جسّد ذلك ما تضمّنه القانون من خوصصة القطاع (وليس الشركة)، فقد كانت شكوى أوراسكوم (Orascom) تتعلّق بالأسعار المطبّقة من قبل الشركة المملوكة للدولة (AT)، فهي قد بادرت الى تخفيض الأسعار الذي اعتبرته المشتكية أسعار أقل من تكلفة الاستغلال، وهو سلوك يمنعه القانون (قانون المنافسة مبدئيا)، وبذلك فهي تمس بالمنافسة، وقد كانت نتيجة التحقيق من قبل سلطة الضبط اكتشاف ممارسة الجزائرية للاتصالات لما يسمّى بالتمويل المتداخلFinancement croisé أي تمويل الهاتف النقال بدعمه بأسعار الهاتف الثابت، حيث أنّ السعر المطبق أقل من تكلفة الاستغلال، وقد كان نتيجة ذلك القرار بقضي بالفصل بين نشاط الهاتف الثابت الذي يعود الى الشركة الأم (AT)، وخلق فرع جديد يختص بالهاتف النقال[4].

يبرز هذا المثال القوي القيود المفروضة على تدخّل الدولة بمرافقها التقليدية والذي يزعزع بعض القناعات والسلوكات التي ترسخت لدى مسيري المرافق العمومية وحتى لدي المواطنين والسلطات.

---

[1] Guglielmi, La conception du service public « à la française », 2010.
[2] Rapport public de conseil d'Etat, 1994.
[3] Jean Chapez et autres, 509.
[4] الفرع هو "شركة موبيليس" التابعة لمجمع الجزائرية للاتصالات، وهي شركة مستقلة.

ولكن التعديل الأهم هو الذي مسّ طرق مراقبة المرافق العامة، وخاصة ذات الطابع الاقتصادي حيث تحوّلت من الطرق التقليدية كالوصاية أساسا، الي المراقبة عن طريق هيئات ضبط مستقلة.

انجر عن هذه التعديلات، حركة مسّت مفهوم المرفق العام وليستجيب ويتكيف مع حركة العولمة الحاملة لمعايير وقيم مختلفة، فاقتضى الاحتفاظ بمبادئ المرفق العام، التي لا تتضمن بُعدا اقتصاديا بحتا، فأنتجت مفاهيم جديدة مكيّفة، وخاصة مفهوم "الخدمة الشاملة" le service universel، والذي هو مفهوم أمريكي امتدّ إلى أوروبا وليُكرَّس في النظام الجزائري في قانون 00-05 المتعلق بالبريد والمواصلات.

فأمّا وجودها، فيعتبر، في نظر الليبراليين، سببا في تفاهم عجز الميزانيات الوطنية، وخاصة أنه يفسد عمل ميكانيزمات السوق، بحكم توسعه في الاقتصاد وأما من حيث طرق تسييره، فهو فاشل، ومن جهة النظر هاته، فهو غير فعال. وبالتالي فقد أحدث هذا الخطاب القوي الذي تتداخل فيه الدعاية والأيديولوجية مع الحقائق العلمية والموضوعية زلزالا قوّضالأسس السياسة في المرفق العام كالتوافق الاجتماعي داخل معظم المجتمعات المتطورة. والحقيقة أن الأمر كان كذلك في الجزائر، فإن نفس الخطاب تم تسويقه بنفس الحجج، وخاصة بنفس الاستنتاجات، فالتغير قد تم لأن "دولة قد فشلت". والحقيقة أن المقاومة لهذا التوجه، وإن وجدت، فإنها لم تمنع من تقليص مجال المرافق العامة إلى الحد الأدنى، وكذا تغيير أنماط تسييرها.

وفي الواقع القانوني، فإنّ مسلسل تضييق دائرة المرفق العام بدأ مع الإصلاحات فقانون 12 جانفي 1988، نصّ على التقيدات، من خلال فصله بين المرفق العام عن القطاع الاقتصادي، فالنص، وبإقامته لأصناف قانونية محددة (EPA/EPIC) يكون قد جسّد ذلك الفصل الشكلي في مرحلة أولى، ليقم بعد ذلك بالتصنيف داخل المرفق العام بين الهيئة العمومية لإدارية والهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. وتنتهي عملية الفصل والتصنيف بوضع معايير للمرفق العام الصناعي والتجاري (المواد 43-44 خاصة)، ولتنتهي بالإمكانية المفتوحة لتحويلها إلى مؤسسة عمومية اقتصادية أي بإخراجها نهائيا من دائرة المرفق العام (المادة45)، فيكفي مرسوم تنفيذي لتغيير الطبيعة القانونية للمؤسسة العمومية، كسونلغاز التي تحولت من طابع إداري إلى طابع تجاري وصناعي، ولتتحول إلى شركة مساهمة بموجب القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء.

قد منح وقنن القانون رقم 88-01 بطريقة ذكية وغير مرئية عملية خصخصة "مستترة" عبر الإمكانية المفتوحة التي أسست لها أحكام المواد 44 و45 منه.

لقد قاد المشرع عملية تقليص دائرة المرفق العام عبر مرحلتين، فأما المرحلة الأولى فتمت عبر إعادة تنظيم القطاع العام الاقتصادي، ولهذا فقد كان ميلاد المرفق العام من رحم القطاع العام الاقتصادي (الصناعي أساسا)، وقد كان هذا التلازم منطقيا بالنسبة للوضعية الجزائرية، وأمّا المرحلة الثانية، فتمت على ضوء الخوصصة (أمر 95-22 تم التعديل في 2001)[1] امتدادا لإعادة تنظيم القطاع العام وذلك بتعديل المادة 20 من القانون 88-01 التي كانت تمنع الخصخصة بواسطة قانون المالية التكميلي لسنة 1994.

وقد تم منح أساس دستوري للخصخصة في تعديل 28 نوفمبر 1996 فيما يظهر كأنه "دسترة" لواقع وسوابق، ولكن التعديل، في حقيقته، قد جاء بتصور أكثر وضوحا، وقد قلب كل المعطيات بإدراجه لمبدأ حرية التجارة والصناعة فهو، وان كان قد دستر الفصل بين القطاع العام والقطاع الخاص (المادة 28\122) ولكنه وضع ذلك تحت المبدأ الجديد الذي يحكم انشاء المرافق العامة.

ففي الحقيقة، فإنّ متطلبات الحرية الاقتصادية قد سبقت بكثير إقرار مبدأ حرية التجارة والصناعة في دستور 1996، فهي "ترقية" دستورية لمجموعة النصوص التشريعية السابقة سواء ما تعلّق باستغلالية المؤسسات الاقتصادية[2]، سواء ما تعلّق بتحرير الاستثمار[3]. وقد أصبح أساسا للسياسات التي ذكرناها، وخاصة النصوص المتعلّقة بإعادة تنظيم المرافق العامة الكبرى (الماء –الكهرباء والغاز – البريد والمواصلات).

إنّنا نشهد تغيّرات كثيفة وسريعة في تنظيم المرافق العامة، فبعد إعادة تنظيم القطاعات المرفقية، وخاصة الاقتصادية منها، كما رأينا، في مرحلة أولى، على ضوء حرية التجارة والصناعة، والتي أنتجت مرفقا عموميا "مفككا"، وكذا نمط إدارة حول امتياز المرفق العام، والذي تطوّر إلى صورة أكثر تعقّدا وهي تفويض تسيير المرفق العام[4]، لننتقل الى مرحلة متقدمة من "خوصصة التسيير" بالتنصيص في القوانين الجديدة لتكفل المؤسسات الخاصة (سواء كان رأسمالها عاما أو خاصا) بتسيير المرافق العامة، وأبرز

---

[1] الأمر رقم 01-04 المؤرخ في جمادي الثاني 1422 الموافق 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم، وتسيير وخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية.

[2] Brahimi, Op.cit.

[3] Laggoune Walid, le controle de l'Etat sur le secteur privé industriel genèse et mutation, Edition internationale, 1996.

[4] Zouaimia R., la délégation de service public au profit des personnes privées, IDARA, N°41, 2001.

مثال هو منح سونلغاز مهمة تسيير المرفق العام للكهرباء والغاز وتحويل طبيعتها القانونية من مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري الى شركة ذات أسهم[1].

ويبرز هذا التحول بدافع من الاستجابة لعمل المرفق في إطار تنافسي، حيث تم خوصصة نشاط الإنتاج (سواء في الماء أو الكهرباء أو الغاز) دون نشاطات الإنتاج والتوزيع التي اعتبرها المشرّع نشاط مرفق عام، وقد اقتضى تطبيق هذا التصوّر المكرّس في النصوص والذي فكّك المرفق العام "ماديا" (أي نشاطاته) تفكيكا عضويا للمرفق حيث خلقت مؤسسات مختلفة مستقلة للتكفل بكل نشاط على حدى أي نشاط الإنتاج والتوزيع والخدمات حسب تصنيف قانون المنافسة.

ونتيجة لذلك، تعرّضت هدّة مؤسسات كبرى المتكلّفة بالمرفق العام، كسونلغاز مثلا[2] إلى عملية تفريع Filialisation واسعة، تتمحور حول هلق مجمّعات Groupe[3]، والتي تحوّلت الى سياسة تنتهجها المؤسسات الاقتصادية، وحتى بعض المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية، سواء تلك التي تتكفّل بالمرفق العام، أو تلك التي تخضع كمبدأ المتاجرة بشكل عام.

نعتقد أنّ هذه الممارسة الواسعة لعملية التفريع للمؤسسات المسيرة لمرفق عام مبالغ فيها، لأنّها تسمح لمؤسسة بالتمدّد خارج المرفق العام، فهي قد تصبح عائقا للمنافسة أو تفسد آليات السوق، كما يمكن أن تثقل كاهل المال العام إمّا بسياسة عشوائية للدعم، أو استدانة مبالغ فيها قد تصبح مغذية للدين العام، ولعل أهم عيب ونقد لهذه الممارسة هو ابتعادها عن مهمة المرفق العام.

فوجود مبدأ التخصص، الذي يُعدّ قيداً على نشاط هذه المؤسسات، والذي يملك أساسا تشريعيا قويا[4] يسمح بالحكم على التصرفات باللاشرعية، وبالتالي إمكانية إلغائها قضائيا، فيبدو مبدأ حاميا للمنافسة، وقد لاحظنا ذلك في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية محامي ناحية باريس لـ 2006، فيمنع على الأشخاص العمومية المساس بالمنافسة، وهكذا، فقد اعتبر مبدأ التخصّص: «**أول مبدأ يفرض على المؤسسات العمومية لمنح الشرعية لتدخلاتها الاقتصادية، فاحترامها يشكّل الشرط المسبّق على مبدا**

[1] القانون رقم 02-01.

[2] سماتي سعيدة، مجمّع سونلغاز، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في إطار مدرسة الدكتوراه، 2005 تحت إشراف الأستاذ بوسماح.

[3] التجمّع أي تجمّع الشركات الذي يخضع للقانون التجاري الذي يملك بالخصوص نظاما حيائيا خاصا يسمح باكتشاف خصائصه القانونية.

[4] المادة 43 من القانون التوجيهي رقم 88-01.

الحرية التجارة والصناعة بالنسبة للهيئات العمومية»[1]*، والحقيقة أنّنا لا نستطيع الإكثار من الفرضيات، فالأمر معلّق على حركية القضاء واجتهاداته الذي يغذيه وعي المتعاملين الاقتصاديين بحقوقهم المكرّسة نصّاً، وقد رأينا، قرار اتحاد البنوك حيث أثير مبدأ حرية التجارة والصناعة والذي استند إليه القاضي الإداري الجزائري، في قرار معزول، حتى الآن، بحكم ضعف النشر للقرارات القضائية.

فلم يقم أي نقاش ولم ترفع أية دعوى في هذا المجال، في حدود علمنا، فنشاط سونلغاز عبر عشرات الفروع قد لا يبرّر هذا التمدد الأفقي والعمودي لمهن غير أساسية، فالأمر متروك للفاعلين أصحاب الصفة والمصلحة العامة وللقاضي في حال طرحت المسألة، فقياسا، فقد طرحت نفس القضية في فرنسا، حيث الغت المحكمة الإدارية لباريس ترخيص وزير المالية لها EDF (كهرباء فرنسا)، بتطوير فروع في مجالات الهندسة، على أساس غياب الصلة المباشرة بتخصص المؤسسة[2].

ونعتقد أنّ المجال المفضل لهذا النوع من النزاعات ما تعلّق بالمرافق العمومية المحلية، فبعدما أبعد المشرّع الإصلاحي الجماعات الإقليمية من التدخّل في الاقتصاد (صناديق المساهمة انتهت بعد سلسلة من الحل الإداري والخوصصة العشوائية الى الدولة المركزية)، أكّد على ذلك في القوانين الجديدة، حيث نصّ على المرافق العمومية أساسا مع إمكانية خلق نشاطات منتجة للمداخيل بشكل غير محدّد.

يبدو التأثير واضحا فيما تعلّق بأنماط تسيير ما سماه المشرّع بـ: "المصالح العمومية البلدية" حيث يمنح المشرّع حرية للجماعات الإقليمية في اختيار الأنماط التي حددها، بما يفهم أنّ لها سلطة تقديرية تعتمد على يمكن وصفه بالمعايير الموضوعية فقط (المادة 150) دون أي قيود تشريعية، ما عدا ما تعلّق، بتحديد مجال المرافق العامة المجلية (المعدّدة في المادة 149)، ولكن تلك الحرية ترد عليها السلطة التنظيمية التي يعود لها تحديد قواعد تنظيم المؤسسات العمومية البلدية (المادة 2/154)، ولدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم (المادة 2/155)، ويمكن أن نستنتج أنّ الامر يختلف في ما يتعلق بـ: "تفويض تسيير المرفق العام" حيث قرّر المشرّع أن يتمّ منحها عن: «طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها» (المادة 156)، بما يفيد خضوعها مبدئيا لإجراءات تتضمن حد أدنى من الشفافية في الإجراءات، واحترام المنافسة للحصول على تفويض المرفق العام المحلي.

---

[1] Anne Monpion, le contrôle de l'interventionnisme économique public, l'affaiblissement du principe de berté du commerce et de l'industrie ? A.J.D.A. Fév. 2008, P.232.

[2] S. Rodrigues, Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques, A propos de la diversification d' EDF/GDF; R.F.D.A, 1999, P.1150.

يبرز من قراءة هذه الأحكام القليلة مدى التأثر الواقع من حيث أنماط تسيير المرفق العام المحلي، وخاصة على المستوى البلدي، بخلاف المرافق العمومية المحلية الولائية التي تجعل التسيير عن طريق التسيير المباشر أو عن طريق المؤسسة قاعدة هامة، وليجعل المشرع اللجوء إلى الامتياز استثنائيا: «**إذا تعذّر استغلال المصالح (...) عن طريق الاستغلال المباشر أو المؤسسة، فإنّه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص استغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به**». (المادة 149 من قانون 07/12).

ومهما يكن، فإنّنا نسجّل بداية صريحة لتدخل القاضي الإداري لحماية حرية التجارة والصناعة، وهي بلا شك بذرة لتطور الاجتهاد القضائي فهي تمثل كمونا قائما قد تسارع نموه بحكم الوعي بالحريات الذي بدأ يبزغ في سماء القانون الجزائري، من جهة ومن جهى أخرى فإنّه ينبغي حماية المرفق العام، وخاصة نتيجة "تفكك المرفق"، فالقاضي الإداري، كالمجلس الدستوري، مدعوين للتوفق بين المتطلبات المرفق العام والحريات عموما، وحرية التجار والصناعة، خصوصا، فنح، بصدد مرفق عام، خاصة في المجال الاقتصادي "مادي" بإطار دستوري ضئيل (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: إطار دستوري "ضئيل".

لقد أثر مبدأ الحرية على المرافق العامة الاقتصادية أساسا، وحتى المرافق العامة الكلاسيكية فأنتج مفهوم مرفق عام مادي، يقتضي تأطيرا مبدئيا، مما جعل من رأي Vedel الذي انتقد بناء وتأسيس القانون الإداري على مفاهيم مادية، وخاصة المرفق العام، والذي دعاه الى اقتراح نظرية الأسس الدستورية للقانون الإداري، حيث اعتبره ابتداء أنّ: «مفهوم المرفق العام، في حد ذاته ليس مفهوما دستوريا»[1][*]، انطلاقا من أنّ الدستور يقترح مفاهيم عضوية وشكلية.

أننا نستطيع التأكيد على أن المشرع لم يؤسس مرفقا عاما اقتصاديا الا متلازما مع الخوصصة أو مع إعادة تنظيمها لقطاع عمومي سواء عبر أمر رقم 95–22 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية والأمر رقم 95–25 المتعلق بتسيير الأموال التجارية للدولة.

وقد استقر المشرع في الأخير على جمع أحكامهم في نص واحد هو أمر رقم 01–04 نظرا لوحدة الموضوع. هو يسمح لنا بأخذ فكرة واضحة عن تصور المشرع.

[1] G. Vedel, les bases constitutionnelles du droit administratif pages de doctrine, 1980.
[*] «la notion même de service public n'est pas une notion constitutionnel».

لقد ذكر الأمر المذكور تأشيرين مهمين هما: المادتين 17 و18 من الدستور، اضافة إلى المادة 122 التي تأسس لاختصاص المشرع بالخوصصة.

يفهم من التأشيرات المتعلقة بأملاك الدولة (خاصة المادة 17) بأن عناصر الأملاك الوطنية المحددة في المادة 17 غير قابلة للخوصصة وهي بالتالي مستثناة من مجال هذا القانون، فهي غير معنية:" بنقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص." بحكم الحماية الدستورية المقررة لها.

أنّ هذا الاستنتاج مهم لأن المؤسس الدستوري لم يضع قيدا على الخوصصة فنقل الملكية يتم في اتجاه واحد، من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وإذا علمنا أن القطاع العام لم ينفصل تماما عن المرفق العام، في الواقع، وان كان هناك انفصال شكلي قانوني. والحقيقة أن هذا مجرد استنتاج فقهي ليست له قوة الفاعلين القانونين من السلطات العمومية، سواء كانت تشريعية أو تنفيذية أو قضائية. فلم يحدث أن اجتهاد المجلس الدستوري في مثل هذه القوانين البالغة الأهمية التي ترسم معالم مجتمع جديد وتتحكم في مصادر المجتمع رغم مالقيته الخوصصة من معارضة ونقد يمسفي بعض الأحيان المبدأ في حد ذاته، ويتعلق البعض الآخر بمجالها وبآلياتها في أحيان أخرى.

نستنتج أن المؤسس الدستوري قد قرر الخوصصة وكلف المشرع بتجسيدها، فهو ملزم بإقامتها، فله كامل الصلاحية. ولكن المشرع أورد قيدا على نفسه بذكر التأشيرة المتعلقة بالمادة 17، فهو يبدو كالتزام منه الدستور. فهو بذلك يقر بوجود نواة دستورية ترتبط بالمادة 17 من الدستور[1]. يبدو نص الأمر رقم 01-04 وفي غياب أي رقابة دستورية معبرا عن النظرة السائدة والمفسرة للدستور من قبل السلطة التنفيذية التي قدمت مشروع القانون والسلطة التشريعية التي صادقت عليه.

ولكن ما يشوب النص هو غياب المادة 37 من التأشيرات، فكما لاحظنا فان الخوصصة هي متطلب ينبثق من مبدأ حرية التجارة والصناعة.

ومهما يكن، فإنّ النص يندرج تماما في الفلسفة التي يستند عليها المؤسس الدستوري التي مفادها أن لا وجود للمرفق العام إلا وفقا لمتطلبات مبدأ الحرية الاقتصادية.

فإضافة إلى ضعف القواعد الدستوري لمصطلح المرفق العام من الدستور، فيكاد يغيب في هذا النص الأساسي، فهو موجود بصفة ثانوية.

---

[1] الفقرة اللاحقة: " النواة الدستورية"

لقد نص الأمر على المرفق العام في المادتين: المادة السابعة والمادة السادسة عشر. تنص المادة السابعة على أنه: "يمكن إبرام اتفاقيات بين الدولة، الممثلة بمجلس مساهمات الدولة...، وبين المؤسسات العمومية الاقتصادية الخاضعة لتبعات الخدمة العمومية. وتنص المادة السادسة عشر (16) على أنه: "عندما تكون مؤسسة عمومية اقتصادية تقدم خدمة عمومية، تتكفل الدولة بضمان استمرارية الخدمة العمومية"[1].

يمكن أن نستنتج أحكام من مضمون المادتين، فمنطق المادتين قائم على تكفل الدولة بالخدمة العمومية في جميع الحالات، مع إمكانية الخوصصة للمؤسسات التي تمس المرفق العام. فالمادتين هي منتهى المنطق الذي انطلقت منه الإصلاحات والذي تم دسترة. فتأثير مبدأ الحرية موجود من خلال تطبيق مبدأ الخوصصة بدون استثناء، فهو، بمقتضى تلك الحرية، وهو في حد ذاته حكم دستوري. وهو يظهر من قبل التأثير من خلال إخضاع المؤسسات العمومية الاقتصادية لمبدأ المتاجرة.

إنّ النتيجة الأساسية التي نستنتجها هي: خلق مرفق عام "مادي". فلم ينص الأمر على بعد عضوي له، فلا يتضمن الأمر اشارة إلى خلق هيئة عضوية أي شخص معنوي يقوم بمهمة المرفق العام فالمشرع يقيم تصورا "ماديا" للمرفق العام، يؤدي إلى نتيجتين تبدوان متناقضتين: فأما النتيجة فهي أن جعله مفهوما مطاطا وغامضا كعادة المفاهيم المادية التي انتقدها الفقه لأنها لا تساعد في تحديد المفهوم، وأما النتيجة الثانية، وهي أن ذلك يؤدي إلى تقليصه وتهميشه، فهو مبعثر بين ثنايا المؤسسات الاقتصادية. يترتب عن هذا كله ضعف معالم المرفق العام، فلا يمكن تحديد ميدانه. لقد أصبح المرفق العام (الخدمة العمومية) مجموعة "تبعات" تتكفل بها الدولة عبر الاتفاقيات، أي عبر "دفاتر الشروط" كما هو معروف ومعمول به، التي تضمن عبر الدولة تمتع المرفقين الخدمات في إطار المساواة. يترتب عن هذا، بلا شك، تطبيق قواعد القانون العام خاصة، فيما يتعلق بتمويل "تبعات المرفق العام" من ميزانية الدولة وكذا الاستفادة من امتياز الملك العمومي وهو الحل الذي يوجد أساسية في القانون التوجيهي رقم 88-01، المادة 57 التي تنص على: «عندما تتحمل المؤسسة العمومية الاقتصادية قيوداً من الخدمة العامة، تمنح لها وفق إجراءات الميزانية، مساعدة مالية للأعباء المترتبة عن ذلك ومقيمة طبقا للتنظيم الجاري به العمل».

وقد أصبح هذا المفهوم الذي ورثه الأمر عن القانون 88-01 يشكل تصور السلطات العمومية. ولكنه أضحى أقل وضوحا أقل وضوحا من حيث النظام القانوني الذي يخضع له، فإن كان المشرع قد

[1] نلاحظ استعمال مصطلح "خدمة عمومية" بدل "مرفق عام"

حسم وقرر بانطباق القانون الإداري واختصاص القاضي الإداري في بداية الإصلاح، فإنه لم يحدد عناصره في الأمر رقم 01-04، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للإدارة عبر مجلس مساهمات الدولة[1]. مما يظهر الرغبة في الاحتفاظ سلطة مستقلة تسمح لها على وجه الخصوص بالتوفيق بين متطلبات المرفق العام والحرية التجارية والاقتصادية.

وقد عاد الأمر في الواقع، إلى المشرع عبر نصوص التي أعادت تنظيم المرافق العامة الكبرى (الكهرباء والبريد والمواصلات والنقل الجوي والبحري والسكك الحديدية).

فجميع هذه النصوص، خلقت مرافقا عامة بمفهوم مادي، فأعادت تنظيم المرافق ثم من مناظر "تحويرها" أي إعمال مبدأ الحرية الاقتصادية ونتائجه من رفع الاحتكار وتأسيس المنافسة.

لقد كانت إعادة التنظيم "القانوني" للمرافق العامة عبارة عن خوصصة قانونية، من حيث هي وضع قواعد جديدة تقوم على المنافسة أساسا، وسمح بالإمكانية القانونية بتقديم وتسيير مرافق عامة من قبل القطاع الخاص.

فالأمر يتعلق أساسا بالمرافق العمومية الاقتصادية، دون المرافق الإدارية، فهاته الأخيرة تستفيد من وجود دستوري وبضمانات.

لقد اختار المشرع الحل المعتمد بتبني تقنية " المتعامل التاريخي" سواء في قطاع البريد والمواصلات[2] أو في الكهرباء والغاز[3] وبالنسبة لقطاعات فقد خوصص التسيير وذلك بتغيير الطبيعة القانونية بتحويل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري إلى مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري كما كان حال الكهرباء في أول الأمر، وكذا البريد[4]، والماء[5].

لقد تبنى المشرع مجموعة نصوص مست كل القطاعات تقريبا تكرس مفهوما ماديا المرفق العام بالنسبة للمرفق العامة الاقتصادية.

---

[1] المادة 11 من الأمر 04-01 تنص على أنّ: «يضبط مجلس مساهمة الدولة تنظيم القطاع العمومي الاقتصادي».

[2] الأمر 00-03 المتعلق بقواعد البريد والمواصلات. (بالنسبة لشركة الاتصالات).

[3] 02-01 المتعلق بالكهرباء ونقل الغاز بالقنوات.

[4] المرسوم رقم 04-04.

[5] مرسوم الجزائرية للمياه.

ولقد مس تأثير المبدأ حتى تنظيم المرافق العامة الكلاسيكية كالتعليم والصحة. فقد سمح المشرع الذي يختص بوضع: (القواعد العامة المتعلقة بالتعليم، (...)» (المادة 122\16) بإمكانية تسيير خاص لمرفق التربية الوطنية[1]، وقد سمح بذلك في قطاع الصحة العمومي. وكذلك الأمر بالنسبة لقطاع التعليم العالي الذي بقي مرفقا عاما مع فتح إمكانية مشاركة القطاع الخاص وإسهامه في مهمة المرفق العام[2].

كانت ترقية مفهوم مادي للمرفق العام ملازما لعملية الإصلاح الاقتصادي خاصة، وقد تغذت من أفكار الفعالية التي يجب أن يتحلى بها المرفق العام، فقد كان الإصلاح بسبب التكلفة الضخمة وعجز ميزانية الدولة مع ظهور أزمة 86 وانهيار أسعار البترول.

ان دسترة مبدأ حرية التجارة والصناعة قد كرس تصورا كان موجودا لدى الإصلاحيين فقد أعطى تماسكا للمنطق الجديد للإصلاحات وخاصة تلك التي تتعلق بدور الدولة، وطرق إدارة المجال العمومي. فقد كان له أثر عضوي بتمييز القطاع العام عن القطاع الخاص، وتمييز السياسي أي العام" عن المجتمع المدني أي" الخاص. وكان له أثر في تبرير مبادئ التنظيم الجديد للمجتمع اقتصاديا. في الناحية القانونية الصدفة، فإنّ"تبعثر" النظام القانوني الذي تقترحه النصوص الجديدة، لا يجد له تبريرا علميا واضحا. ولكن هذا الخيار الدستوري بإعطاء الأولوية للحرية لما يترتب عنها من آثار على تحديد مفهوم الإدارة، وكذا بالقواعد المطبقة على مرافقها العمومية.

فالحقيقة، أنّ تبني "المعيار المادي"، يعني القبول بغياب المبدأ الشارح لكنه النشاط الإداري الخاضع لنظام القانون العام"[3*]، ويكتب الأستاذ Y. Gaudemet نتيجة لذلك أنه:«يجب أن نتنازل عن إعطاء مبدأ شارح، (...) إلا بواسطة متطلبات سياسية تلك المتطلبات لن تكون ذات طبيعة دستورية فهو التعبير الأسمى عن الإرادة السياسية»، فالأمر يتعلق بإرادة المؤسس، وليس الإدارة.فلا مكان لاجتهاد الإدارة ولا لاجتهاد القاضي الإداري، بل الأمر متروك لاجتهادهم على ضوء المبادئ الدستورية خصوصا، والحقيقة لم نعثر على أي اجتهاد يكشف لنا قراءة القاضي وهي أساسية، فالمؤسس قد أفصح عن إرادته.

---

[1] القانون رقم 08-04 المتضمن القانون التوجيهي.

[2] القانون رقم 99-05-المعدل في سنة 2008 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي.

[3] YvesGaudemet,traité de droit administratif ‹tome 1 droit administratif général Edition DELTA. 2002 p43.

*« on doit renoncer à en donner le principe explicatif du moins autrement qu’en termes politiques»

والحقيقة أنّ المؤسس الدستوري لم يمنح المشرع اختصاصا مبدئيا بإنشاء المرافق العمومية، ولكننا نستطيع أن نستنتجها من خلال أحكام المادة 122 من الدستور وانطلاقا من تلك الاختصاصات يمكن أن نعرف ميادين المرفق العام.

فالمادة 122 تقرأ أن المشرع يختص: "نظام إصدار النقود، ونظام البنوك والقرض والتأمينات و"(الفقرة15)، و: "القواعد المتعلقة بالبيئة وإطار المعيشة، والتهيئة العمرانية" (الفقر19) والقواعد المتعلقة بحماية التراث الثقافي والتاريخي، والمحافظة "عليه" (الفقر21). فهاته الفقرات التي ذكرناها دون غيرها، تعد أساسا لإمكانية خلق مرافق عامة من قبل المشرع، فهي توسع منطقيا من مجال المرفق العام. ولكن المشرع الملزم بحماية الحريات مضطر إلى إنشاء مرافق عامة لا تتعارض مع الحريات عموما، وخاصة حرية التجارة والصناعة. فلا يتصور خلق المرفق العام إلا كنتيجة لحماية تلك الحريات أو بعض الحقوق. فقد تم، على المستوى التشريعي، خلق كثير من المرافق، فالتعليم العالي، يعد نشاط مرفق عام "(المادة31 من القانون 99-05) كما تم إقرار إنشاء عدة مرافق في مجال الحفاظ على التراث[1] وحماية البيئة[2] والأمثلة كثيرة.

وقد لاحظنا من خلال تلك النصوص إنشاء مرافق عامة عضوية كالجامعات العمومية ولكن صاحبها خصصته كنشاط. فالتعليم العالي يعد "نشاط مرفق عام" مع إمكانية خلق هيئات خاصة تسهم في أداء مهمة المرفق العام.

فالمشرع يملك سلطة تقديرية في توسيع أو تقليص ذلك المجال بالنظر إلى أولوية ضمانة الحرية.فالأمر يتعلق بتعريف وتحديد سلبي لمجال المرفق العام.

ويستمد المشرع اختصاصه أيضا بمناسبة "إنشاء فئات المؤسسات"[3] (الجديدة)، ويعد ذلك توسيعا لاختصاص أو تضييقا لدائرة اختصاص الإدارة، فقد كانت تملك الحرية في خلق المرافقوخاصة تكييف طبيعتها. وفي الواقع، فإن ذلك يعد دسترة وتكمله لعمل المشرع الإصلاحي عندما أقام تصنيف للهيئات العمومية في قانون رقم 88-01 ووضع معالم وشروط للتمييز، وخاصة فقد قنن شروط إقامة المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري[4]، يفهم منها التقييد، فلا تملك الإدارة حرية الانشاء فهي تقع في

---

[1] القانون المتعلق بحماية التراث وغير المادي.

[2] قانون النفايات الصلبة وحماية الساحل.

[3] القانون رقم98-11، المتعلق بالبحث العلمي والتطوير التكنولوجي.

[4] القانون التوجيهي 88-01 (المادة 44).

دائرة مبدأ المتاجرة. فهي تنبؤنا بتبني المشرع لإثار مبدأ الحرية حتى قبل تكريسه شكلا في الدستور. إن ذلك يعد تميزا، فلم يأتي الاجتهاد من قبل القاضي الإداري، الذي لم يتبنى معيار المرفق العام باستثناء قرار montefa، وقرار OPGI[1] ولكن الاجتهاد كان تشريعيا.

وفي هذا المجال، يمكن ذكر الفئات الجديدة التي أحدثها المشرع في القانون المتعلق بالبحث العلمي كالهيئات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي E.P.S.T وكذا الفئة الجديدة من الهيئات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني التي هي الصيغة الجديدة للجامعة.

يظهر المشرع حريص على تأسيس اختصاصه على أسس من الدستور. فالجامعة كمرفق عمومي لم تكن تحكم بنص تشريعي، فقد كان ذلك يعود إلى السلطة التنظيمية بداهة، فالأمر، يبدو متفقا عليه اجتماعيا يحكم الاختيارات الاجتماعية للدولة الجزائرية، ولكن دستور 1996 أدرج ذلك ضمن اختصاص المشرع والذي كان الشرط الضروري لإعادة تنظيم التعليم العالي على ضوء المبادئ الدستورية القائمة أساسا على ضمانة الحريات كمبدأ تقرأ على ضوئه تنظيم أي نشاط ذو طبعة اجتماعية.

أدى ذلك إلى التقليص دستوريا من دائرة المرفق العام، فلم يترك للإدارة أي مجال مستقل فلم تعد الإدارة تملك أي سلطة في تقدير مجال تدخلها.

ولكن عدم وجود تفسير من قبل القاضي الدستوري لا يسمح لنا بالحسم من الناحية القانونية بدقة إن كانت تملك ذلك بعنوان سلطتها التنظيمية. فلا تتصرف الإدارة إلا على أساس تأهيل واضح من المشرع فبعكس الأمر في النظام الفرنسي، فقد اعترف لها بذلك المجلس الدستوري بتلك الامكانيات

فقد أقرّ المجلس الدستوري الفرنسي مثالا أنّ: "إذا كانت ضرورة بعض المرافق العمومية الوطنية تنبع من مبادئ وقواعد ذات طبيعة دستورية، فإن تحديد باقي النشاطات التي تكتسي طابع مرفق عام وطني متروكة لتقدير السلطة التشريعية أو السلطة التنظيمية حسب الحالة»[2][*] ويضيف أنه: "فيما يتعلق بالمؤسسات التي لا يمس بممارسة الحريات العمومية، فيمكن للمشرع فتح إمكانية التغيير في إدارة هاته المؤسسات، بدون أن يعد هذا تجاهلا لمبدأ أو قاعدة ذات طبيعة دستورية"[3]. يستنتج الأستاذين

[1] قرار ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهران ضد مؤسسة الاشغال لعين تيموشنت، الصادر سنة 2001.

[2] C.C.D N°86-207,privatisations in: G.D.C.C, N°8 Edition, 1995.

[*] «si la nécessite de certains services public nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle,la détermination des autres activités qui doivent érigées en services public national est laissé à l'appréciation du législateur ou du pouvoir réglementaire selon le cas».

[3] Ibidem.

Guglulmi Et Kobiأن اختصاص السلطة التنظيمية يعد مبدئيا إذا كان احداثالمرفق العام لا يمس حرية عامة[1] وذلك على خلاف الأستاذ Delvolvé الذي يعتبرها تهديدا menace على الحريات العامة[2].

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه، بمناسبة قرار له بتاريخ 17 ديسمبر 1997، عندما طعنت نقابة المحامين أمام محكمة باريس، في مرسوم تأسيس المرفق العام للمعطيات القانونية سنة 84 المعدل في 1996، على أساس عدم اختصاص الحكومة بذلك، بدون تأهيل شرعي.

رفض مجلس الدولة هذه الوسيلة القانونية (الأساسية)، وأعتبر أن هذا النشاط يعد مهمة مرفق عام، ولا يرى عدم اختصاص السلطة التنظيمية، وخاصة أن المرسوم. "لم يتجاهل حرية التجارة والصناعة، وهو لا يمس بالملكية الفكرية، ولا بحرية الإعلام أو الحق في الإعلام، ولا يمس الحريات الأخرى"[3].

وقد أصبح مبدأ حرية التجارة والصناعة سلاحا مشهرا في وجه المرفق العام حيث أشار الأستاذ Bazex الى قدرة رجال القانون الذين يعملون على مستوى تنظيري في تحيته الى الأستاذة DanielleLoschack التي أثارت هذه الإشكالية حول "المسائل القانونية المطروحة بفعل منافسة المرافق العامة والنشاطات الخاصة"، فالأستاذة Danielle Loschackترى بأنّنا بصدد قاعدة إلزامية تقضي بعدم مساس المرافق العامة بالسير العادي للسوق، فتطرح مشكلة جديدة تتمثل في حماية المرافق العامة من منافسة المؤسسات الخاصة، فتصبح متطلبات المرفق العام متطلبات ثانوية[4].

وهكذا، أخلط مبدأ حرية التجارة والصناعة ومشتقه مبدأ المنافسة العلاقة ووترها مع المرفق العام، وقد أعادت نفس المنظمة المهنية لمحامي باريس[5] إثارة نفس الإشكالية في قرار مجلس الدولة لـ 31 ماي 2006 في قضية منظمة المحامين لناحية باريس.

فقد طعن بالإلغاء في مرسوم 19 أكتوبر 2004 الذي وضع نظام عقود الشراكة بين القطاع العام والقاع الخاص contrats de partenariat public-privé، والتي أحدثت لهذا الغرض "مهمة" تدعيم لتحقيق عقود الشراكة، الذي كلّف بالتوفير للأشخاص العمومية ما تطلبه من دعم في التحضير، وفي المفاوضة، ومتابعة عقود الشراكة.

---

[1] GugliemiKobi, droit de service public, Edition, Montchrestien, Op.cit.p336.
[2] Delvolve L, service public et libertés publiques. R.F.dr.adm. 1985.
[3] C.E.17.Déc.1997, ordre des avocats à la cour de paris
[4] Michel Bazex, l'ambition de doctrine in :Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humour en l'honneur de Danielle Loschack Maison des sciences de l'homme, P365.
[5] Cité, Op.cit. P.366.

فقد اعتبرت منظمة المحامين لباريس تلك الأحكام مخالفة لمبدأ حرية التجارة والصناعة ولقانون المنافسة.

لقد رفض مجلس الدولة الذي اعتبر "شرح القاعدة القانونية" الموكل لهذه الهيئة مهمة تعود للسلطة العامة للتطبيق الجيد القاعدة القانونية، حيث لا تمثل تدخلات في السوق.

ولكنه، في هذا القرار أورد مجلس الدولة حيثية طويلة التي يمكن أن نذكر منها أنّه: «(...) **الأشخاص العمومية هم مكلّفون بضمان النشاطات الضرورية لتحقيق مهما المرفق العام، والذي، بموجبه يستفيدون من امتيازات المرفق العام، ومن جهة أخرى، فإنّهم إن أرادوا، وباستقلالية عن تلك المهمة، التكفّل بنشاط اقتصادي، فلا يمكنهم القيام بذلك دون احترام مبدأ حرية التارة والصناعة كذا قانون المنافسة، وبهذا الصدد، فإنّ التدخل في السوق، يوجب أن تتصرّف في حدود اختصاصها، وأيضا، يجب تبرير بالصالح العام، الذي يمكن أن ينتج، خصوصا من نقص المبادرة الخاصة** (...)»[1][*].

وهكذا، فقد عاود مجلس الدولة الدفاع عن المرفق العام وأعاد، التذكير بما هو مكتسب على مستوى القراءة الدستورية المكرّسة، في محاولة للتوفيق، فقد اعتبر أنّ تلك "المهمة" لم تمس بحرية، بالتالي، يمكن للسلطة التنظيمية أن تخلقها.

ولكن مناطق الظل تبقى موجودة رغم ما يظهره من التقليص الدستوري المبدئي لمجال المرفق العام، وخاصة في الأنظمة الحديثة العهد بهذه الحريات، وقد تنشئ مرافق جديدة وتبقى مرافق قائمة مع تكييفها مع متطلبات الجديدة ويتم ذلك، خاصة عبر تغيير التصنيف القانوني للمرفق العام، وهي التي أوكلها المشرّع في القانون 88-01 الى السلطة التنفيذية حيث تنص المادة 46 على: «**أن يحدد الطابع الصناعي والتجاري للهيئة العمومية وكذا قواعد تنظيمها وسيرها بموجب عقد الإنشاء والقوانين الأساسية المتخذة وفق الشكل التنظيمي**» (المادة 46).

---

[1] Cité par Bazex, P.366.

[*] «(…) les personnes publiques sont changée d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de services publics dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de de prérogatives de puissance publique, en outre, sielles en tendent, indépendament de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du principe du commerce et de l'industrie que du droit de la conccurence, à cet égard, pouvoir inter venir sur un marché, elles doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privé (…)».

ولكننا نلاحظ أنّ المشرّع قد استرجع سلطة تكييف بعض المؤسسات، ولم ترك ذلك للسلطة التنفيذية، كما في نص القانون المتعلق بالكهرباء، حيث نصّ على أن تكون سونلغاز شركة ذات أسهم بعدما كان ذلك التكييف يتم بواسطة المراسيم، فذلك يبرر الرهانات الجديدة المتعلقة بتنظيم العلاقة بين المؤسسة ومهمة المرفق على كثير من الأحكام التشريعية بدل التخلي عن ذلك لصالح السلطة التنظيمية.

ولكن هذا التقليص لمجال المرفق العام عبر التأطير الدستوري لسلطة المشرع في خلق المرافق العامة، لم يوازيه تقليص لسلطة الإدارة في التدخل في المجالات الاجتماعية على وجه الخصوص والمثال الأبرز الذي يمكن سوقه هو تدخل الإدارة في مجال السكن الاجتماعي، فهو نشاط إداري ضخم ترصد له الدولة الأموال الطائلة، رغم عدم وجود أي أساس دستوري أو تشريعي يبرز تدخل الإدارة.

فقد عاد الأمر الى السلطة التنظيمية فقد اعتبر المرسوم التنفيذي رقم 98-42 أنّه: «يقصد بالسكن الاجتماعي الإجاري كل سكن ممول من أموال الخزينة العمومية أو ميزانية الدولة».

إنّ قرار ديوان الترقية والسير العقاري لوهران يظهر الصعوبة في تحديد المرفق العام، فهي وإن بم تظهر مسألة تكييف نشاط الديوان بشكل مباشر، لاعتماد القاضي الإداري على عناصر النظام القانون الواجب التطبيق، الي حدّد به اختصاصه فذلك يعيدنا الى الإشكال الأساسي هو غياب معايير لتعريف المرفق العام في النظام الجزائري فقد ذكر[1] أنّ: «موضوع الصفقة يتمثّل في إنجار سكنات ذات طابع اجتماعي» دون أ يكيفها أنها مرفق أو حق، فإذا كان رجال القانون الفرنسيين قد استنتجوا بعض المعايير حيث اتفقا Espuglas[2]وBraconnier[3] على معيار إرادة المؤسس الدستوري، إضافة لاستخلاص Braconnier لمعياري: الصالح العام والارتباط بالدولة دون باقي الأشخاص العمومية، وقد طرح ذلك مسائل كثيرة، من بينها استبعاد المرافق المحلّية من دائرة المرافق العامة الدستورية وعدم حمايتها وبالتالي من الإعدام وضمان الوجود القانوني المبدئي.

---

[1] مجلس الدولة (الغرفة الرابعة)، قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، يتعلّق قرار التسيير العقاري لوهران ابتداء بمسألة اختصاص القاضي الإداري حيث اعتبر الديوان أن القاضي غير مختص بتعلق النزاع بين شخصين قانونين خاصين إلا أنّ قضاة الدرجة الأولى قبلوا الدعوى لأنّ العقد يُعدّ صفقة عمومية يختص القضاء الإداري بالفصل فيها، حيث أيّد مجلس الدولة القرار على أساس عناصر النظام القانوني التي عدّدها (الأملاك – المال العام – القانون المرجعي ألا وهو الصفقات العمومية).

[2] Espuglas, le conseil constitutionnel et le service public, L.G.D.J. 1992.

[3] Stéphane Braconnier, Droit des services publics, P.U.F. 2003.

وقد نجد حلا لذلك الإشكال المتعلق بالمعايير المحدّدة للمرافق العامة في "الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة"[1]، حيث أصبح جزءا من "الطائفة الدستورية".

فقد نصّت ديباجته على تعريف "الخدمة العامة"، فهي: «**أي خدمة أو نشاط متعلق بالمصلحة العامة يتم القيام بها تحت سلطة الإدارة**». فهذا التعريف يقترح المعيارين التقليديين ألا وهما: المعيار العضوي حيث يتم القيام بها تحت سلطة الإدارة، وكذا المعيار المادي حيث هي خدمة أو نشاط متعلق بالمصلحة العامة.

نلاحظ أنّ المعيار المادي هو، كعادته، رخو وقابل للتمدّد، فهو، بالتالي، يخضع للسلطة التقديرية للإدارة، فالمصلحة لعامة وتقديرها يزداد تعقيدا بحكم التحولات الاجتماعية والاقتصادية والتقنية.

ولكن المعيار العضوي الذي جاءت به الاتفاقية والذي يحيل إلى الإداري يمنح حلا قانونيا لمسألة مجال المرفق العام دستوريا، حيث سيغطى مجال المرافق المحلية، بمفهوم الاتفاقية لمصطلح الإدارة حيث أنّها: «**أي مؤسسة أو منظمة على مستوى قاري، إقليمي، وطني ومحلي تطبق سياسات عامة أو تقوم بمهام خدمة عامة**»، كما جاء في ديباجة الاتفاقية، على خلاف الوضع الفرنسي حيث ينحصر مفهوم المرافق الدستورية في المرافق الوطنية.

ومهما يكن، فإنّ المعيارين يسهمان في تقليص دائرة الارتياب l'incertitude التي أحدثها "تفجّر"، و"تفكّك" المرفق العام نتيجة لتأثير حرية التجارة والصناعة على تركيبة المرفق العام الاقتصادي خصوصا، فقد فصل بين مكونه العضوي والمادي، حيث يمكن للخواص القيام به، والذي جعل المرفق يفقد بُعده العضوي، ويصبح مجرّد "متطلبات خدمة عمومية" و"تبعات" sujétions.

إنّ الوضع القانوني يزداد تعقيدا، نتيجة لتظافر عاملين غير قانونين" أولهما ازدياد تدخل الدولة في المجالات الاجتماعية بمنطق اقتصادي، وثانيهما الطلب الاجتماعي الضاغط المتغذي من الاتكال على الدولة L'assistanat، مما يؤدي الى صعوبة في تكييف تصرفات الدولة التي ينجر عنها ضبابية في النظام القانوني، ويمنحنا المثال المتعلق بالسكن الترقوي العمومي حيث اعتبره المشرع في قانون المالية 2015، نشاط منفعة عامة، لتبرير تدعيم ميزانية الدولة لدعم أسعار الفائدة المطبّقة لصالح المستفيدين

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 12-415 مؤرخ في 27 محرم عام 1434 الموافق 11 ديسمبر سنة 2012، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الجمعية العامة والإدارة، المعتمدة بأديس أبابا، بتاريخ 31 يناير 2011، ج.ر. عدد: 68، بتاريخ 16 ديسمبر 2012.

من البرنامج، فهذا الاجتهاد يبرز صعوبة التكييف، ويظهر في نفس الوقت، الحرية التي تتمتع بها السلطات العمومية، نتيجة لغياب التفسير لمعنى الصالح العام، بحكم غياب المفسّر الدستوري.

لا شك أن الإطار الدستوري قد رفض منطقا جديدا استوعبه كثيرا من الفاعلين والاقتصاديين، ولكن هذا المنطق القانوني الصرف الذي يقود ويبرر تصرف الإدارة بالامتناع عن التدخل في بعض المجالات الحساسة كموضوع السكن الاجتماعي، لا يسعفه الواقع، فضرورة تدخل الإدارة تقتضيه ظهور متطلبات اجتماعية جديدة لا يمكن التنصل منها، وكذا العجز الذي يبديه المجتمع الاقتصادي (نواة المجتمع المدني). فتدخل الإدارة (أي السلطة التنفيذية)، بكون ضرورة سياسية. فهناك تفاوت بين التفكير القانوني الذي يفرضه الإطار الدستوري، والواقع القانوني الذي تفرضه الضرورة. فهو ينمي لدى القانونيين ايدولوجية ليبرالية تغذي هاجس تهديد الحرية، فهو الهاجس الأساسي الذي يدعو إلى الحد من سلطة الإدارة في خلق المرافق العامة، فقد كتبت الأستاذةMarie Joelle Redor بأن الليبرالية مهددة: «(....) بحكم التطور الفعلي للمرافق العمومية الذي وسع دائرة الدولة، وأنّه، في هذه الظروف، فإنّ القانون وحده هو القادر على الحد منها، أو على الأقل، ضبطها في حين أن السياسة تتجه عكس ذلك إلى توسيع هذه الدائرة أكثر»[1*].

إنّ الضرورة تقتضي الاعتراف بسلطة تقديرية للإدارة، كما هو مقرر دستورا. فهي يمكن أن تتدخل الإدارة إذا كان ذلك لا يمس بالحريات، كما اعترف بذلك المجلس الدستوري بذلك لصالح السلطة التنظيمية في قرار حول "الخوصصة"(قرار 1986).

ويظهر لنا سلوك السلطة التنظيمية التزاما بمبادئ الحرية الاقتصادية، فهو يقود خطواتها ويبرر أعمالها. فهي تمثلته والتزمت به في أصعب الظروف كالتي صاحبت موجة ارتفاع الأسعار المواد في بداية سنة 2011 (فيفري 2011)، فقد تصرفت على أساس مقتضيات قانون المنافسة (المادة 05 من أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة)، وقد عدل قانون المنافسة[2] وقانون ممارسة النشاطات التجارية على ضوء تدعيم مبدأ حرية التجارة والصناعة، فقد تدخل رئيس الجمهورية بعد عرض مشروع القانون المعدل

[1] Marie Joëlle,de l'État légal à l'Etat de droit économisa .P. UAM.1992 .p.327 328

[*] «(…) que le développement effectif des services publics manifeste l'élargissement de la sphère de l'Etat, et que dans ces conditions,seul le droit semble pouvoir,si non limiter, du moins de le relégués,alors que la politique tendrait à l'étendre encore»

[2] القانون رقم 10-05.

للقانون رقم 03-03 ليؤكد على: «الميكانيزمات الفاعلة للضبط لضمان ممارسة حرية التجارة والصناعة (...)»[1].

لقد أعادت السلطة التنفيذية تنظيم عدة نشاطات على ضوء القوانين الجديدة، فقد كانت تصرفت بحكم الضرورة في تنظيم نشاطات جديدة لم تكن مقننة كنشاط الانترنت وقد أصدرت السلطة التنفيذية مرسوما يتعلق بخلق خلية الاستعلام المالي بدون أن يكون لها أساس قانون تشريعي وقد ألغى المرسوم ليعاد تأسيسه من جديد على أساس قانون مكافحة الرشوة وتبيض الأموال.

إنّ التقليص من مجال المرفق العام يتغذى أيضا، من التزامات الجزائر الدولية، فالاتفاقياتالدولية أصبحت بحكم قرار المجلس الدستوري الأول جزء من "الطائفة الدستورية" le bloc de constitutionnalité فبحكم أنها تتعلق خاصة بالجانب الاقتصادي كاتفاق الشراكة مع الاتفاق الأوروبي والشروط المتعلقة بالانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، فقد نصت على المبادئ الأساسية المتعلقة بالحرية الاقتصادية ومتطلباتها كالمنافسة مما يسهم في التقليص المستمر لمجال المرفق العام وتدخل الإدارة، فالمتعاملين الاقتصادين الخوص والأجانب يمكنهم الاستناد على تلك الاتفاقيات أمام القاضي بإثارة دعوى ضد الادارة في حالة ما إذا أنشأت مرفقا قد يعد مساسا بالحرية النصوص على حمايتها في الاتفاقيات المبرمة من قبل الدولة لجزائرية،ف: "نظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكسب(...) سلطة السمو على القوانين تخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، (...)، فإن هذه الأدوات القانونية تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه".

ويغلب على الاتفاقيات الدولية، خاصة في المجال الاقتصادي، تغليب مبادئ الحرية الاقتصادية، وكذا الضمانات المقررة لصالح المتعاملين الاقتصاديين الاستثمارات، وهكذا فقد خصّص فصل كامل بعنوان: "المنافسة وأحكام اقتصادية اخرى" في الباب الرابع من اتفاقية الشراكة المتوسطة، فقد نصّ على بعض أحكام تعم المنافسة كما في المادة 41 التي يؤدي عدم احترام تطبيقها المساس بالسير الحسن للاتفاق والتأثير على المبادلات وفقد أورد على وجه الخصوص: «

أ- كل الاتفاقيات بين المؤسسات وكل القرارات لتجمع مؤسسات والممارسات المتفق عليها بين المؤسسات، التي يكون هدفها، أو من أثرها منع المنافسة أو تحديدها او تعطيلها.

---

[1] بيان مجلس الوزراء المؤرخ في 27 فيفري 2008، المنشور في جريدة المجاهد. الصادرة باللغة الفرنسية.

ب-الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها لوضعية مسيرة على كافة إقليم المجموعة أو كافة الإقليم».

وبلا شك، فإنّ أحكام الاتفاق تمتد وتمس مجال المرافق العمومية، التي عادة ما تستفيد من احتكارات وحقوق حصرية، فقد نصت المادة 43 من اتفاق الشراكة على انّه: «فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية والمؤسسات المتحصلة على حقوق خاصة أو حصرية، يتأكد مجلس الشراكة من أنّه، ابتداء من السنة الخامسة بعد دخول هذا الاتفاق حيث التنفيذ، لا يتم لا اتخاذ ولا إبقاء أي تدبير من شأنه أن يخل بالمبادلات بين المجموعة والجزائر (...)»، ولتضمن الشطر الأخير حماية لتلك المؤسسات في القيام بمهمته، والتي هي، بالضرورة تتعلّق بالمرفق العام، حيث نصّ على انّه: «**لا يتعارض هذا الحكم لا قانونا ولا عملا مع تنفيذ الأعمال الخاصة الموكلة لهذه المؤسسات**».

ولكن بعض الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، خاصة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية قد تقتض خلق المرافق، وإن كانت الجزائر ضمنت سواء عبر الدستور أو القوانين أو عبر النصوص التنظيمية، وقد أصبحت الآن مصدر التزام دولي يخضع للقياس عبر ما يسمى مؤشر التنمية البشرية IDH. ويمكن اعطاء مثال عن تأسيس "خلية الاستعلام المالي" كإدارة عمومية بناء على أساس تجسيد الاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي صادقت عليها الجزائر سنة 2004.

إن ذلك يبرر تقلص دور الإدارة في رسم مجال المرفق العام فهو أصبح يخضع مباشرة إلى النصوص الدستورية، فالأمر لا يتعلق بمقتضيات دستورية عامة فهي أحكام واضحة.

تؤدي دسترة مبدأ حرية التجارة والصناعة، بالضرورة، الى أثر مهم وهو تقليص ميدان المرفق العام، وقد استثنى المؤسس الدستوري بعض المرافق، فلا مساس بها، بأن نصّ على "نواة دستورية".

المطلب الثاني: النواة الدستورية.

اقتضى المنطق الدستوري القائم على ضمانة الحقوق والحريات أنّ ينصّ على ضمانة وحماية حقوق المواطن تتجسّد في مرافق دستورية (الفرع الأول)، و"نواة مرافق اقتصادية" استثناء على مبدأ حرية التجارة والصناعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المرافق الدستورية.

لا نكاد نجد في الدستور تواجد مصطلح مرفق عمومي أو خدمة عمومية (فهو المصطلح الأكثر استعمالا في الآونة الأخيرة)، إلا بصفة ضئيلة، كما في المادة 170 من دستور 1996، أو المادة 57 منه، فقد أصبحت الإجابة عن السؤال المتمثل في: ما هي المرافق العامة الدستورية؟ صعب[1]، حتى من قبل من أطلق عليها تلك الصفة الأستاذ Favoreu.

ومهما يكن، فإنّه يمكن التأكيد على أنّ المرافق العامة تتواجد في الدستور عبر الوظائف السيادية (الفقرة الأولى)، ومن خلال النص على بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي كيفها الدستوريون الجدد[2] على أنها (حقوق – دين على الدولة) Droit-créances كالتزامات تقع على الدولة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المرافق العامة السيادية

أصبح هذا المفهوم متّفق عليه ومكرّس لدى رجال القانون الفرنسيين بما يمكننا الاستناد اليه واستعارته لتحديد المرافق السيادية.

تكتسي هذه المهام والوظائف صفة المرفق العام بحكم اقتضاء الدستور لممارستها، فيؤول الأمر، في المقام الأخير، الى إرادة المؤسس الدستوري، فهو المعيار المحدد في تكييفها على هذا النحو، فقد اقتضت العادة أن تعتبر إرادة السلطات العمومية هي التي تمنح نشاطا معيّنا صفة المرفق العام.

فقد كان أمر تحديد ذلك، يعود الى المشرّع أو السلطة التنظيمية، ولكنت طوّرت الدسترة من حيث أصبح الدستور معياراً قانونيا، وبحكم إلزامية آرائه وقراراته، فهي تسري في مواجهة الجميع، مما أبرز ما وصفه المجلي الدستوري: إرادة المؤسس الدستوري، وبالنتيجة، فهي، بحكم السمو الدستوري تفرض نفسها على باقي السلطات وتسمو إرادتها على إرادتهم.

والحقيقة، أننا لا نملك اجتهادا دستوريا عبر آراء قرارات المجلس الدستوري، نستند اليه في تقرير وتحديد هذا المرافق الدستورية. إلا في موضوع واحد وقد كان ذلك في قراره الثاني المتعلق بالقانون الأساسي للنائب[3]، فقد ذكره بمصطلح "المصطلح العمومي" ليؤكد على أنه لا يعود للنائب سماع الهيئة

---

[1] Louis Favoreu, Service public et constitution, A.J.D.A, N° spécial, P.17.

[2] Favoreu, Gaia, et autres, le droit constitutionnel, Dalloz, 1995

[3] قرار النائب، أشير إليه سابقا.

التنفيذية في: «(...) كل مسألة تتعلق سير المصالح العمومية التابعة لدائرته الانتخابية». والذي تكرّر في قرارات لاحقة[1].

وقد استعمل المجلس لدستوري مصطلح "الهيئات العمومية" في رأيه حول القانون الأساسي للنائب لسنة 2011، والذي يعني في النص الفرنسي لنفس القرار les institutions publiques يمكن أن الامر يتعلّق بالمرفق العام وفي بعده العضوي، ولكنّنا نفقد، في نفس الوقت، وحدة المصطلح والتي يحرص عليها المجلس الدستوري، والتي تعدّ إحدى أدوات سياسته الاجتهادية La politique jurisprudentielle.

وقد أحدث المشرّع قطيعة على مستوى المصطلح حين استعمل مصطلح "الخدمة العمومية" في القانون العضوي للإعلام لسنة 2012 في المادة الثانية، وليكرّسها المجلس الدستوري بقبوله ذلك المصطلح، حيث لم يبدي ملاحظته، كما جرت العادة، والتي تتم بشكل آلي، وخاصة، بمناسبة رقابة المطابقة حيث يحرص على المصطلح والتأشيرات الدستوريين. بشكل أوّلي، لينتقل الى إبداء التحفظات التفسيرية فلم نعثر على أي تحفظ يخص المصطلح.

ولكننا نلاحظ نوعا من "الانزياح في المعنى"Glissement sémantique حيث استعمل مصطلح "متطلبات" Exigences، فهو يكشف لنا تحولا في المضمون الذي سنتناوله في الفقرة التالية، وبذلك، فإنّ الصعوبة تزداد لمعرفة المرافق العامة ومجالها ومضمونها.

ويقر الفقه الفرنسي بصعوبة معرفتها، وخاصة من حيث أسسها الدستوري. فالمجلس الدستوري الفرنسي يستعمل عدة عبارات وصيغ كثيرة وان كانت أهمها ما جاء في قراره الأساسي المتعلق بالخوصصة حيث المرافق العامة هي التي: "تستمد ضرورتها من مبادئ وقواعد ذات قيمة دستورية"[2].

وقد كان المجلس الدستوري الفرنسي قد أخطر حول عدم دستورية تنظيم وخاصة خوصصة بعض القطاعات كالاتصالات(France télécom) وقطاع الكهرباء وحاول من خلالها تحديد المفهوم الذي أصبح أكثر صعوبة كما رأي Favoreu. فالأستاذ يعتقد أن مصطلح مقتضي دستوري « exigence de

---

[1] نشير إليها في الباب الثاني.

[2] D.C °86-207Le service public dont : «la nécessité (…) découle de principe ou de valeurs constitutionnelle »

la constitution» يحمل تصورا ضيقا[1] وقد أجمع رجال القانون في فرنسا، على ارتباط المرافق العامة بممارسة الوظائف السيادية سواء بين المؤدين لوجودها الدستوري[2] ومنكريها[3].

ويخلص العميد Favoreu إلى القول أن: "بدون المجازفة بالخطأ أن المرافق العمومية المرتبطة بوظائف السيادة هي مرافق عمومية دستورية كالدفاع الوطني، والعدل، والشؤون الخارجية والأمن"[4].

ويؤكد الأستاذ Braconnier ما ذهب إليه الأستاذ Favoreu في قراءة وتعليقه على اجتهاد المجلس الدستوري فيؤكد على أنّ: «**كل نشاط الذي لا يقيم صلة شديدة مع مماسة السادة الوطنية والمصلحة العليا للأمة، التي هي في تعارض مع صالح عام الذي يختصر في مجموع المصالح الخاصة، فلا يمكن اعتباره كمرفق عام دستوري**»[5].

إنّ القياس على ما توصل الفقه سليم، الذي يسمح لنا بالتأكيد على نفس النتيجة في النظام الجزائري،التي تؤكدها الدسترة القوية لميادين السيادة والتي ظهرت، كما رأينا في المطلب الأول، فيما يتعلق بالضبط الداري، على وجه الخصوص.

فقد كانت الدسترة قوية، مست ميدان الدفاع الوطني والأمن الوطني.وأعتقد أن الأحكام الدستورية أوجدت أساسا قوية لتأسيس المرافق السياسة. فالأمر ينطبق على الميادين المذكورة أعلاه.

وأننا نجد ان المادة 57 من دستور 28 نوفمبر 1996(المادة 54 من دستور فيفري 89)يعطي أساسا لفكرة المرفق العام عموما، والمرفق العام السيادي بشكل خاص.

فموضوع المادة 57 يتعلق بالإضراب الذي هو: "حق معترف به"، ولكن، ترد عليه قيود دستورية حيث منح للمشرع سلطة منعها أو تقيدها في مجالات تتعلق بالمرفق العام السيادي (دفاع وأمن) وبشكل عام" كل الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع". فالمؤسس الدستوري حدّد لنا بطريقة غير مباشرة مرفقا عاما بسياديا.

---

[1] Cf, Favoreu, service public et constitution .A.J D. A. 1997؛n°= spécial

[2] Espuglas Pierre. Conseil constitutionnel et service public .LGD.J préface Georges Vedel .PP.

[3] Belescize Ramu,les services publics constitutionnels. L G D.J. 2005.

[4] «on peut dire sans risque de se tromper que les services publics correspondants à des fonctions de souveraineté de L'Etat sont des services public constitutionnels la défense national,la justice les affaire étrangères,la police,Op.cit. P.18.

[5] Stéphane Braconnier, Droit services publics, P.U.F, 1ere Edition, 2003, P.10.

فنستطيع أن نستنتج عدة نتائج، أولها، أنه يقيم تصورا ماديا للفرق العام، وثانيها أنه يقيم هرمية داخل المرافق الدستورية ينصه على تعبير أو صيغة: "الخدمات والأعمال ذات المنفعة الحيوية للمجتمع" وينجز عن هذا التمييز إذن: وجود أعمال ذات منفعة حيوية "، وأخرى وإن كانت ذات منفعة فهي ضرورية فهي بالضرورة لا ترقى إلى أن تكون حيوية.

والحقيقة أننا لا نستطيع معرفة ما هو معيار التمييز بين صنفي تلك الأعمال بشكل واضح فالأمر متروك للسلطة التقريرية للمشرع.

ولكن أهم أثر لهذه الهرمية هو تحديد وتعريف المؤسس الدستوري لهذه المرافق الحيوية الأساسية التي تشكل النواة الدستورية الأساسية للمرفق العام، فهو حددها بصريح العبارة: في "ميادين الدفاع الوطني والأمن". والنتيجة، فلا تملك السلطات التشريعية والتنظيمية أي سلطة.

وهكذا فإنّه بالنسبة للنظام الجزائري فالأمر يتعلّق بالمرافق السيادية التالية:

- **مرفق الدفاع الوطني والأمن:**

إن الأساس الأول، هي كما أكده الأستاذ Vedel، هو القانون "المعبر عن السيادة الوطنية" باعتباره المعبر عن الإدارة العامة[1]، فهي تقتضي تنظيم المرافق العامة. والأمر واضح في النظام الفرنسي، فقد أشار إلى المادة 12 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن على ضرورة "القوة العمومية" لضمان حقوق الإنسان.

ويستمد هذا المرفق أسسه من التزام رئيس الجمهورية المتضمن في اليمين الدستورية، فعليه أن يسهر على استمرارية الدولة والعمل على توفير الشروط اللازمة للسير العادي للمؤسسات والنظام الدستورية وعلى الحفاظ على: "مؤسسات الجمهورية وقوانينها"، فهو:" القائد الأعلى للقوات المسلحة للجمهورية".

فلا يتصور ضمان استمرارية الدولة بدون إقامة المرافق العامة وخاصة المرافق العامة المرتبطة بالوظائف السيادية كالأمن والدفاع على كل حال،" فإن كل المرافق التي تسهم في ضمان السيادة الوطنية يكتسي، بالنتيجة طابعا دستوريا. فالشعب الذي يمارس السيادة بواسطة المؤسسات الدستورية(المادة 07): غايتها:

---

[1] والحقيقة أن المؤسس الدستوري قد حدد مهام الجيش الوطني الشعبي: "في المحافظة على الاستقلال والدفاع عن السيادة الوطنية" (المادة 25 من الدستور).

- المحافظة على الاستقلال الوطني.
- حماية الحريات الأساسية للمواطن، والازدهار الاجتماعي والثقافي للأزمة (المادة 08). تلك المؤسسات هي جميع السلطات العمومية للدولة.

وقد أسهم التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 في إعطاء أساس دستوري لعمل الجيش الوطني الشعبي "الدفاع الوطني" بأن قرر تنظيمه في إطار القانون.(المادة 122/ المادة 27)[1]. وكذا القانون العضوي المتعلق بالأمن الوطني(المادة 7/123).

لقد أقر المؤسس الدستوري بأنّ: "الدولة مسؤولة على أمن الأشخاص والممتلكات" (المادة 24 من الدستوري)[2].

فيكتسي التكفّل بضمان أمن طابع المرفق العام بامتياز، وقد تناولنا أسسه وإطاره الدستوري في لمبحث الأول بما يؤكد على طبيعته الدستورية، وخاصة في ظل أولوية الضبط الإداري أي حماية النظام العام القائم بالأساس، على ضمانة الحقوق الأساسية.

- **المرفق العام "للسلطة القضائية"**

مما لا شك فيه أن مرفق القضاء يسهم في سيادة الدولة، فهو الذي يجعل القاعدة القانونية نافذة ويترتب الجزاء على مخالفتها، فهو الذي يصدر أحكامه باسم الشعب(المادة 141) مصدر السيادة.

إنّ وجود مرفق القضاء متعلق بالدستور، فهو مؤسس دستوريا وقد كرسه المؤسس كسلطة مستقلة(المادة 198 من الدستور)، وهو سلطة موحدة(الحيثية رقم ... من رأي المجلس الدستوري المتعلق بالقانون العضوي لمجلس الدولة)[3]، ولكنها في إطار "ازدواجية قضائية" (المواد: 152 و153 من الدستور). فهي تتكون من النظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري.

تجد السلطة القضائية أساسها كمرفق عام في كونها: "تحمي(...) المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية". (المادة 139). فبذلك فإن المؤسس لا يميز القضاء العادي والقضاء الإداري في مهمتهم الدستورية المتمثلة في حماية الحريات. وقد استفاد وجود هذا المرفق العام من تنظيمية بواسطة قوانين عضوية كما قضت بذلك المادة 153 من الدستور فحماية هذه الحريات

---

[1] Voir,Boussoumah,Op.cit.

[2] تم تناول هذه النقطة في الفرع الثاني المتعلق بالضبط الإداري.

[3] الرأي المتعلق بمطابقة القانون المتضمن تنظيم وسير مجلس الدولة.

وحماية المجتمع يقتضي إقامة هذه السلطة القضائية بفرعها، إن ذلك يقتضي بالضرورة، مرفقا عاما. ولهذا خص التنظيم القضائي بقانون عضوي وكذا المحكمة العليا ومجلس الدولة مما يظهر قوة المركز القانوني لهذا المرفق الذي جعل المؤسس الدستوري يضمن القانون الأساسي للقضاء، وكذا ما يتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء في قانون عضوي بما يسمح بدسترة قوية كضمان الاستقلالية، بما يقوي مركزه القانوني.

وقد استفاد مرفق القضاء من تحديث وإصلاح كبيرين توج بصدور قانون عصرنة العدالة[1]، مما يبرزه مكانية المركزية في إصلاح المرفق العام عموما، وخاصة في إطار دولة القانون، فقد أسست مديرية عامة للعصرنة على مستوى الوزارة[2]، واستفاد من دعم في إطار التعاون الدولي، فالقضاء كسلطة عمومية، والقضاء الإداري، خصوصا، قد استفاد من دسترة قوية لوجودها، حيث كان إسهام دستور 28 نوفمبر 1996 حاسما[3]، مما يكسب المرفق العام المنبثق منه والساهر على استمرارية العمل الإداري قوة ومكانة متميّزة حيث أصبح من أكثر المرافق حداثة.

- **المرافق العامة المرتبطة بالسيادة الاقتصادية:**

إن السيادة الاقتصادية والمالية هي مكون من انسيادة الدولة وتتمثل أساسا في السيادة النقدية. فهذا اختصاص سيادي تمارسه الدولة التي يعود لها: «(...) امتياز إصدار العملة النقدية عبر التراب الوطني».(المادة02/02 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض وقرر المشرع أن يفوض ممارسة هذا الامتياز البنك المركزي دون سواه...."(المادة3/2). فبحكم ارتباط هذه المهمة بالسيادة الاقتصادية عموما، وخاصة باحتكار مهمة الاصدار النقدي، فهذا يجعل البنك المركزي مرفقا عاما.

ف: "بنك الجزائر مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي(...)" (المادة09 من نفس الأمر). وهو يظهر هكذا كمرفق عام.

والحقيقة أن المسألة السيادة النقدية طرحت على مستوى الخطاب السياسي وداخل المجتمع المدني بمناسبة الاتفاقيات المبرمة مع صندوق النقد الدولي، وخاصة ما تغلق بسياسية الصرف المرتبطة بميزان المدفوعات. فقد كان البعض يعتبر ذلك مساسا بالسيادة الوطنية، وقد كان الرد بأن أمر السيادة يعود إلى

---

[1] القانون رقم 03/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 الموافق للفاتح من فبراير 2015، يتضمن عصرنة العدالة.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 333/04 مؤرخ في رمضان 1425 الموافق 24 أكتوبر 2004 يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة العدل.

[3] مذكرة الماجيستير حول "الأسس الدستورية لرقابة الشرعية"، كلية الحقوق، الجزائر، 2002.

سلطة مستقلة هي مجلس النقد والقرض كتعبير عن سيادة الدولة. وقد طرحت نفس الإشكالية في فرنسا بمناسبة المصادقة على اتفاقية الاتحاد النقدي عبر اتفاقياتMaastricht لارتباط موضوعها بنقل السيادة النقدية من البنوك المركزية إلى البنك المركزي الأوروبي فقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي أن الأمر يتطلب تعديلا دستوريا لأن النقل ذلك يمس بالسيادة النقدية المرتبطة بالإصدار والسياسة النقدية[1].

ويمكن تأسيس كثير من المرافق المرتبطة بالسيادة الاقتصادية داخليا وخارجيا (كالضرائب والجمارك) على أحكام المادة 08 التي تنص على أن المؤسسات الدستورية غايتها: "حماية الاقتصاد الوطني من أي شكل من أشكال التلاعب، أو الاختلاس، أو الاستحواذ، أو المصادرة غير المشروعة(المطة الخامسة) هي تفرض على الدولة إقامة كثير من الإدارات المكلفة بالحماية الاقتصادية أو ما يمكن الاصطلاح على تسميته بالدفاع الاقتصادي[2].

تتمحور هذه الوظيفة حول ما يسمّى بالمالية العامة والنقد الذين يتكفّل بهما كل من قبل الوزير المكلف بالمالية وكذا بنك الجزائر.

يتجسّد المرفق العام في الإدارات الجبائية، المحصلة للضرائب على مختلف أنواعها، حيث تمثل الضرائب تعبيرا عن السيادة الوطنية في إقراره وفي تحصيبه حيث تبرز امتيازات الإدارة العمومية بشكل واضح من استعمال التنفيذ المباشر.

فوظيفة بنك الجزائر كأي بنك مركزي تتمثّل في إصدار النقد وتسطير السياسة النقدية، التي تعد من مهام السيادة، إضافة الى مهام ذات نفع عام، ومن أهمها تسيير مخزون الصرف الأجنبي لحساب الدولة، كما تنص عليه أحكام الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، وكذا مسك حساب الخزينة العمومية.

وإننا نجد هذا التصور للطبيعة السيادية مجسّد في النظام القانوني الجزائري، حيث كرّس الاجتهاد القضائي ذلك عبر اعتبار قرار سحب الورقة النقدية من 500 دينار من أعمال السيادة[3]، في سابقة هامة، لم نجد لها مثالا في القضاء المقارن، وقد كان القرار صادرا عن وزير المالية آنذاك.

[1] Décision Maastricht.

[2] ملتقى حول الدفاع الاقتصادي. مجلس الأمة. لجنة الدفاع الوطني.

[3] المجلس الأعلى (الغرفة الادارية) قرار سحب الورقة النقدية من فئة 500 دينار جزائري، منشور في المجلة القضائية السنة: 1994. العدد: 02.

ويتجسد الطابع السيادي من الناحية الإدارية، في اعتبار وزارة المالية وزارة سيادية، وفي الرتبة البروتوكولية لوزير المالية ضمن وزراء السيادة، والتي تعتبر عرفا مكرّسا لم نعثر له على أساس نصي من مرسوم ينظم البروتوكول كما في بعض النظم المقارنة.

- **المرفق العام المرتبط بالسياسة الخارجية:**

تعد إدارة الشؤون الخارجية ميدانا يتعلق بممارسة السيادة، كهيئة تساهم في "الحفاظ على الاستقلال الوطني ودعمه، (المادة8–المطة 01).

وبالتالي، فإنّ وجود مرفق يسير السياسة الخارجية، بعد ضرورة لممارسة السيادة، والتي يعود الاختصاص بها إلى رئيس الجمهورية، فهو الذي: "يقرر السياسة الخارجية وللأمة وقرها" (المادة 77– المطة الثالثة).

إن مرفق الخارجية يستمد صفته كمرفق عام دستوري، من كونه يسهم في ممارسة السيادة.

والحقيقة أن النص الدستوري قد نظم أهم مظهر لهذه العلاقات الخارجية والمتمثلة في الاتفاقيات، فهي تعود إلى سلطة دستورية، متمثلة في رئيس الجمهورية والبرلمان، فرئيس الجمهورية مختص بإبرام المعاهدات والمصادقة عليها(المادة 9/77). ويختص البرلمان بالموافقة على بعض الاتفاقيات المهمة كاتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة"(المادة 131)، وليصادق عليها رئيس الجمهورية، وهناك مظهر آخر خارج الاتفاقيات، ويتعلق الأمر باختصاص رئيس الجمهورية في تعيين السفراء والمبعوثين فوق العادة،ويتسلم أوراق اعتماد المتمثلين الدبلوماسيين الأجانب وأوراق إنهاء مهامهم، وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 78.

إن وجود مرفق عام مختص بالشؤون الدولية في إطار لتسيير هذا النشاط الدولي والدبلوماسي، فهو بالضرورة يكتسي الطبيعة الدستورية.

فمرفق الدبلوماسية، وبالنظر للمكانة الشبه دستورية للمعاهدات[1]، يعود الى رئيس الجمهورية ممارستها، فهو مكلّف دستوريا بالسياسة الخارجية (المادة 3/77 من دستور 1996)، وقد يستمدّ من واقع الممارس، وكذا حقيقة الوظيفة الدبلوماسية ومكانتها في الهرمية الدستورية، فالأستاذBéchillon يعتبرها

---

[1] سنتناول اندراج المعاهدات في الطائفة الدستورية، في الباب الثاني، الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب الثاني.

وظيفة من بين الوظائف المعيارية، في طرح جيد للصلة بين الهرمية المعيارية وهرمية الوظائف المعيارية للدولة[1].

ومما يعزّز هذا التكيّف اعتبار التصرفات المتعلقة بالعلاقات الدولية، كأعمال سيادة، كما تبنّاها القاضي الإداري في قضية C.CRMA، حين صنّفها القاضي من بين أعمال السيادة غير القابلة للرقابة القضائية، ويستند في تأسيسه الى أنّ ذلك يتعلّق بميدان دستوري.

ويمكننا الاستدلال باجتهاد المجلس الدستوري في قراره الأول حول النائب لأوت 1989 للتأسيس الدستوري لمرفق الديبلوماسية، فقد حاول النواب الحصول على جواز سفر دبلوماسي في المادة 43 منه: «مانتناولهمن أسفار النواب تحت غطاء جواز ديبلوماسي»، وكان رد المجلس الدستوري بالحيثية التالية: **«نظرا لكون الجواز الديبلوماسي، يسلم حسب الأعراف الدولية، لكل سلطة تابعة للدولة ملزمة بمهمة دائمة أو وقتية تمثيلية أو في إطار نشاط دولي، يهم الدولة، وبهذه الصفة فهو يسلّم حسب إرادة السلطة التنفيذية وحدها طبقا للمواد 64 و74 و116»** (طبعا من دستور 23 فيفري 1989).

فمن حيث التأسيس، فالمادة 67، تنص في قرتها الثالثة على أنّ: «رئيس الجمهورية: يجسّد الدولة داخل البلاد وخارجها»، وأما المادة 3/74 فتتعلّق بسلطته في كونه: «يقرر السياسة الخارجية للأمة ويوجهها»، وأمّا المادة 116 فتتعلق بسلطته التنظيمية العامة.

ونستنتج تكييفه كمرفق عام من كونه من اختصاص السلطة التنفيذية، فهو تحت رقابتها، فهو مرفق دستوري تحت سلطة رئيس الجمهورية، ومما يعزّز ذلك أنّ تنظيم وزارة الشؤون الخارجية وكذا توزيع ميزانيتها يتم عن طريق مرسوم رئاسي استثنائياً، على خلاف القاعدة العامة الدستورية التي تمنح للوزير الأول حاليا (رئيس الحكومة سابقا) تلك الصلاحية بموجب المادة 1/85 (81 سابقا في دستور 1989).

يترتب عن ذلك الطابع الدستوري أن المساس بها كإلغائهايعد مساسا بالدستور، فأي محاولة لإلغائها أو خصصتها يقتضي تعديلا دستوريا. فهي غير قابلة للخصخصة منطقيا.

الفقرة الثانية:المرافق الدستوريةالمتعلقة بضمان الحقوق الاجتماعية

تملك هذه المرافق أساساً دستورياً (1)، ولتذكر صراحةً في متن النص الدستوري (2).

1- الأساس الدستوري:

[1] Benys de Béchillon, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Edition Economica, 1996, P269.

أصبح اعتبار بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية تحت اصطلاحdroits-créances الحقوق– الديون[1]، وقد كان الأستاذ Favoreu أول من استعملها[2]، وقد أضحت موضوع البحث المعمق[3]. وإن بعض التصنيفات لهذه الحقوق تختلف، فقد صنفها الأستاذ venezia[4] ضمن ما سماه الوظائف الجديدة للحماية .des formes nouvelles de protection في إطار التصنيف الثاني المتكون من: (وظائف الحماية)، و(وظائف التنمية).والحقيقة أن العميد Duguit أول من أعطى للمفهوم قوة قانونية فقد كتب يقول: «إن المفهوم يأخذ معنى انطلاقا من اللحظة التي يفرض فيها كالتزام يقع على الحكام تجاه المحكومين»[5][*].

إنّنا بالنسبة للجزائر، فلم يحدث أن عرض الأمر على المجلس الدستوري رغم أهمية النصوص الصادرة كالمتعلقة بالخوصصة والمحروقات والمناجم. ولكننا نستطيع الانطلاق من منهجية وسياسة المجلس الدستوري في اجتهاده وأن نستنتج بعض النتائج فيما يتعلق بالمرافق العامة الدستورية، فقد كان المجلس الدستوري ملتزما بحرفيه النص، وقد كان يحرص على إيجاد الأساس الدستوري لأي حكم تشريعي. وأما من جهة أخرى، فيمكن أن نستمده من فلسفة النص الدستوري القائمة على أولوية الحقوق والحريات، والحقيقة أن المجلسالدستوري قد حسم الأمر عندما اعتبر في رأيه حول التعديل الدستوري[6] في إحدى حيثياته في أن: "المبادئ التي تقوم عليها الأمة الجزائرية والمستمدة، في جوهرها من ديباجة الدستور والفصل الأول من الدستور".

ترتب هذه الحيثية أثار كبيرة، فهي تدرج الديباجية ضمن (الطائفة الدستورية)، وتجعل أحكام الفصل الأول المتضمن الحقوق والحريات ذات الأولوية ضمن كامل النص الدستوري.

إن ذلك يكرس المكانة الدستورية السامية للحقوق وأولويتها. والحقيقة أن النص الدستوري أورد ذلك الجزء على سموها في المادة 178 عندما نص على أنه: (لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس: (الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن.) (المادة 178–المطة الخامسة).

---

[1] ترجمة للطالب، وهي ترجمة حرفية لا تؤدي وظيفتها.

[2] Droit constitutionnel, Louis Favoreu, Richard Ghevontion, Gaia, Scofoni, le droit constitutionnel, Dalloz, 12°Edition, 2009

[3] Laurence Gay, les droits-créances, constitutionnels, Edition Bruylant Bruxelles, 2007.

[4] Venezia, traité de droit administratif, 6°Edition, 1997, Tome 3, L.G.D.G.

[5] Duguit cité par Kobi et Guglielmi, P.18

[*] «(…) qu'à partir du moment où 'il impose des obligations pour les gouvernants pour les gouvernés, la notion prend sens».

[6] رأي رقم 08/0101 حول مشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري لنوفمبر 2005.

وقد أورد المؤسس الدستوري ضمانة لحماية تلك الحقوق والحريات عندما قرر الرقابة الدستورية القبلية على أي تعديل دستوري عن الطريق التشريعي والتي يهدف إلى حماية حقوق الإنسان والمواطن في الدرجة الأولى ثم الحفاظ على توازن السلطات، فـ: «إذا ارتأى المجلس الدستوري أن أي مشروع تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الإنسان والمواطن وحرياتهم(...) وعلل رأيه، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري (...)».

وقد قرر المجلس الدستوري في رأيه المشار إليه وكذا التعديل المتعلق بدسترة تامازيغت بأن التعديلات لا تمس بالحريات والحقوق.

إن ذلك يعطي لنا أساسا واضحا يتمثل في الأحكام الدستورية المتعلقة بالحقوق، سواء تلك المذكورة مباشرة في الفصل الأول، أو تلك التي ذكرت في الديباجية. وبالتالي، فإننا نعتبر المرفق العام الدستوري هو المرفق الذي يجد له أساسا في أحكام الدستورية، خاصة المذكور في الفصلالأول، أو ما يمكن أن نستنتجه مما قد تتضمنه الديباجية من حقوق قد ترتب حقا في المرفق العام.

إن ذلك يضع أساسا دستوريا قويا لوجود المرافق العامة، فالأمر أصبح ثابتا حتى في النظم المقارنة[1] رغم الصعوبات لاقتها في سبيل تكريسها.

والحقيقة أن ديباجة الدستور الجزائري لم تتضمن نفس المضمون لديباجة الدستور الفرنسي لم تتضمن نفس المضمون لديباجة دستور 1946 الفرنسي الذي تعد جزءا من الطائفة الدستورية[2] الفرنسية التي استنتج منها المجلس الدستوري مجموعة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية انطلاقا مما ذكرته ديباجة 1946 من « المبادئ الأساسية المعترف بها من قوانين الجمهورية[3] وكذا «المبادئ الاقتصادية الضرورية لعصرنا»، فقد كانت مصدرين لتحديد المرافق العامة، فجميع تلك الحقوق التي استمدها المجلس الفرنسي موجود في صلب النص الدستوري كالحق في الإضراب والحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

وإن الأثر الكبير لديباجة الدستور الجزائري، وهي جزء من الدستور ***ص 47 هي منح المكانة والحماية الدستورية لهذه الحقوق

---

[1] G. Kobi ‹Guglielmi ‹droit de service public.
[2] Droit
[3] Bruno Génevois, une catégorie de valeur constitutionnelle, les principes fondamentaux reconnues par les lois de la république, R.F.D, adm, 1998, P.477.

2-التحديد الدستوري للمرافق الاجتماعية:

نستنتج أن المؤسس الدستوري قد قرر خلق ثلاثة أصناف من المرافق العامة، حسب الأحكام الدستورية للمواد: 53 و54و 55 و59 والتي أنيط تنظيمها إلى المشرع عبر أحكام الفقرات 16 و17 و18 من المادة 122 من الدستور، إن ذلك يظهر الاختيار الدستوري لهذه المرافق مما يمكن اعتباره «نواة صلبة» للمرافق العامة الاجتماعية، وهي كما جات في الترتيبالدستوري، المرفق العام للتعليم والمرفق العام للرعاية الصحية والمرفق العام للرعاية الاجتماعية.

- **المرافق العامة للتعليم:**

إن المادة 53 من دستور 1996 هي الوحيدة التي تضمنت كل الأحكام المتعلقة بالحق في التعليم، فهي كرسته«كحق مضمون» وتقرر في فقرتها الثانية أنه: «(...) مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون»، وقد صنفته إلى نوعين: التعليم والتكوين المهني وقد قررت أن التعليم الأساسي «إجباري» (الفقرة الثالثة من نفس المادة). وألزمت الدولة بالتنظيم المنظومة التعليمية (الفقرة 04)، ووضعت واجب ضمان ذلك على عاتق الدولة فهي التي: «تسهر (...) على التساوي في الالتحاق بالتعليم، والتكوين المهني».

نستنتج أن مضمون المادة 53 اقتضاء وجود مرفقين عامين: مرفق عام للتعليم، ومرفق عام للتكوين المهني.

بالنسبة لمرفق التعليم، فيبدو أن المرفق واضح في الدستور، وخاصة بالنسبة للتعليم الأساسي، فمجانتيه تؤكد على كيفية كمرفق عام ومرفق عام إداري لامتياز.

والحقيقة أن السؤال الذي يطرح هو حول دستورية التنظيم الجديد للتربية الوطنية والذي يطرح على أساس إشراك القطاع الخاص في تسيير المرفق العام، فهل يمس ذلك بمبادئ المجانية وبالتالي المساواة، من جهة نظر المساواة الفعلية كما جاءت في تصور المادة 31 من الدستور، في الواقع، كان النقاش الذي أثير هو حول الجوانب البيداغوجية، حول مدى احترام المدارس الخاصة للبرامج الوطنية التي هي من اختصاص الدولة، ولم تثر إشكالية دستورية الأمر المتضمن تنظيم التربية الوطنية[1].ولكن أهم تساؤل كان حول التعليم العالي، فهل هو مرفق عام دستوري؟، فيثور التساؤل لأنه غير مذكور صراحة في المادة 53. فيمكن بالتالي استبعاده من دائرة المرافق العامة الدستورية، ولكن فرضية أخرى، تجعلنا نبقيه ضمن

[1] القانون التوجيهي رقم 08-04 المتعلّق بالتربية الوطنية.

تفسير واسع لمفهوم التعليم، فهو يتضمنه بالضرورة، وخاصة أن المؤسس قد وصفه كذلك في المادة 122/ 16 (بالتعليم) دون أن كلمة (العالي) عندما خص المشرع بوضع: (القواعد العامة المتعلقة بالتعليم والبحث العلمي).

والحقيقة أنّ المشرع قد كيف التعليم العالي كـ (مهمة مرفق عام) في القانون التوجيهي المتعلق بالتعليم العالي[1]، وهو لم يشر في التأشيرات إلى المادة 53 من الدستور بل ذكر المادة 16/122 من الدستور. مما يظهره كمرفق عام (تشريعي) يعود أمره إلى السلطة التقديرية للمشرع، فلا يرد عليه أي قيد دستوري، وقد نص هذا القانون على إمكانية مشاركة القطاع الخاص في تسيير نشاط المرفق العام للتعليم العالي.

إن عدم إعمال الرقابة الدستورية على النصوص القانونية شكل عائقا في قراءة قانونية للإشكالية التي تطرحها بالنسبة هذه الحركية المتسمة بالنزعة الليبيرالية، وخاصة بالنسبة للنصوص المتعلقة بالمجال العمومي، حيث تتم الخوصصة بدون طرح التساؤلات من قبل سلطات الأخطار، والتي دأبت على الاخطار في مسائل أقل أهمية.

لقد سجل الفقه الفرنسي نفس التوجه حيث علقا الأستاذينL. FavoreuوLoic Philipعلى ذلك، فيما يتعلق بقطاع التعليم، فقد كتبا أنه لأصبح مقبولا وجود قطاع خاص إلى جانب القطاع العام، بشكل عام والنسبة للتعليم يمكن اعتباره مقتضى دستوري من الفقرة التاسعة من الديباجة تقدر حسب الحالة، ففي الحالة الأولى (....) فإن ضرورة عدم الخوصصة يجب تفسيرها على أنها تطبق على حد أدنى من المرفق العام، بحيث يمكن لكل واحد أن يلتحف بمرفق التعليم أو الصحة، ولكن عدمالخوصصة لا يبدو أنها تمنع من ضمان المرفق العام بطريقة تعاقدية مع هيئة خاصة، ولا حتى من نقل جزء من الوسائل للقطاع الخاص[2].

إنّ تعليق الأستاذين يكشف تطور النظرة إلى المرفق العام عموما الذي تأثر بالمبادئ المتعلقة بالفعالية والحرية، والواقع فإن النصوص المتعلق بالتربية الوطنية والتعليم العالي قد كرست نفس التقنيات حيث أنها قد خولت التسيير للمرفق العام للخواص وفقا لتقنية تعاقدية تتمثل في ((دفاتر شروط)).

إن تحليل شكل ومضمون المادة 53 يسمح لنا باكتشاف إدارة المؤسس الدستوري بأكثر وضوح، فالمادة 53 وعلى عكس مواد اخرى هي أطول، وقد جرت العادة أن تكون صياغة المواد المتعلقة بالحقوق

---

[1] القانون رقم 99–05 يتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، الجريدة الرسمية ح ج د ش رقم: 24.

[2] L. Favoreu .p. Loïc. Les grandes décisions du conseil constitutionnel ،12eme edition.

صياغة مختصرة، فالمؤسس أراد أن يشرح ويفصل مضمون الحق في التعليم، فأمر حرية التعليم موجود ولكن الدولة تسهر على التساوي في الالتحاق بالتعليم، فهي جعلته اجباريا بالنسبة للطور الأساسي ومجانيا، ولكن الطرق التي يمكن بها اقامة هذه المهمة تعود للدولة أي أن المشرع يملك السلطة التقديرية في تقدير الطرق والوسائل والآليات التي تضمن الحد الأدنى، فالعبارة هي أداء المهمة، وليس في طريقة تسييرها.

وبالتالي، فالمشرع وعير مجانية التعليم ألزم الدولة بإقامة المرافق العامة التعليمية، ويجب أن تسهر خاصة على مبدأ المساواة في الالتحاق، على المستوى الوطني.

وإن إدراج إمكانية مساهمة القطاع الخاص أمر يفهم على ضوء المبادئ الجديدة وخاصة على ضوء مبدأ الحرية الذي يطال التعليم.

وإن كان من الصعب التأكيد على ذلك فإن المنطق الذي مس كل المرافق يتجه في نفس الإتجاه، وإن كان الأمر لا يرقى إلى أن تصبح حرية التعليم مبدأ دستوريا[1].

وأما بالنسبة للتكوين المهني، فقد كرسه المؤسس الدستوري كمرفق عام دستوري في المادة 53 وأدراجه في مرفق التعليم عموما.

وكان المشرع قد وضع في التأشيرات للقانون 2000-01 المعدل القانون 81-07 والمتعلق بالتمهين[2] المادة 53 تأكد أمر دستوريته.

إن نفس التصور يحكم مرفق التكوين المهني، كما التعليم، فرغم تكفل الجماعات الاقليمية بهما، من حيث أنه يعود الاختصاص بالتجهيز والصيانة للبلديات فيما يتعلق بالتعليم الأساسي[3]، ويعود للولاية تجهيز الثانوية ومراكز التكوين المهني[4]، فإن الدولة هي الضمان للمساواة في الالتحاق بهما ويتم ذلك عن الاعانات الموجهة لهم عبر ميزانية الدولة.

- **المرفق العام للرعاية الصحية:**

---

[1] Favoreu,G.D.C.C.P. op.cit.

[2] منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. العدد 03.

[3] من القانون 90-08 المتعلق بالبلديات الصادر بتاريخ أفريل 1990.

[4] من القانون 90-08 المتعلق بالولاية الصادر بتاريخ أفريل 1990.

يستمد المرفق العام للرعاية الصحية وجوده من المادة 54 فهي تنص على أن «الرعاية الصحية حق للمواطنين».

تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية ومكافحتها والتي تعود للبرلمان تحديد:"القواعد العامة للصحة العمومية والسكان".

فالحق ثابت وتتكفل الدولة بضمانه، فهي التي تختص بتنظيمه.

ومما نلاحظه أنها لم تنص صراحة على مجانتيه كما كان الحال بالنسبة للتعليم، إن ذلك قد يبرر بطريقة التمويل الذي يزاوج بين إعانات الدولة وإسهام الضمان الاجتماعي، والحقيقة أن المرفق العام للصحة العمومية وترقيتها يسمح بوجود قطاع خاص إلى جانب المرفق العام.

يفهم من ذلك أن مرفق الصحة يخضع لنفيس المنطلق الذي يحكم مرفق التعليم، وقد كان قطاع الصحة أسبق في فتح المجال للقطاع الخاص.

إنّ صياغة المادة 17/122 تفيد بذلك، فالدولة ضامنة للمرفق العام، فهي تضع القواعد العامة التي تسمح بضمان مرفق عام أي نشاط مهمته حماية الصحة، وقد يكون ذلك بتأسيس مؤسسات عمومية، أو دعم إقامة هيئات خاصة، فالأمر يتعلق بضمان حد أدنى من الخدمة العمومية.

ولكن الالتزام الأكثر وضوحا من حيث مضمونه هو التزام الدولة بالجانب المتعلق:«بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية ومكافحتها» الفقرة الثانية من المادة 54.

ويمكن أن نضيف (حماية الدولة للأسرة) ضمن مرفق الرعاية الصحية، فالرعاية تنصرف إلى صحة الأم والطفل، فإن ذلك يتم في الواقع، داخل إطار المرفق العمومي للصحة.

- **مرفق الرعاية الاجتماعية**

نستخلص الوجود الدستوري مرفق الرعاية الاجتماعية من أحكام المواد، 55و59. فالمادة 55 تنص على أن «لكل المواطنين الحق في العمل». يضمن القانون في أثناء العمل الحق في الحماية، الأم، النظافة، الحق في الراحة مضمون، ويحدد القانون كيفيات ممارسته، وتنص المادة 59 على أن «ظروف معيشية المواطنين الذين لم يبلغوا سن العمل، والذين لا يستطيعون القيام به، الذين عجزوا عنه نهائيا».

يقر المؤسس الدستوري حقا وهو ((الحق في العمل)) يفهم هذا الحق من وجهة نظر سلبية وإيجابية على ضوء مبدأ الحريات المكرس في التصور الدستوري، وخاصة ما تعلق بتكريس الحرية الاقتصادية.

فلا يلزم المؤسس الدولة بالتوظيف العام والتلقائي، فالأمر يعود إلى حرية المتعاملين الاقتصاديين وإلى حرية الأفراد. وأما من الناحية الايجابية، فهو يضعالتزام على عاتق الدولة يدعم الحق في العمل وترقيته. والحقيقة أنه لا يتصور أن يؤسس مرفق عام للعمل.

ويستمد مرفق الرعاية الاجتماعية صفته كمرفق عام دستوري أيضا من أحكام المادة 18/122 حيث يختص المشرع بوضع: (القواعد العامة المتعلقة بقانون العمل، والضمان الاجتماعي، وممارسة الحق النقابي).

نستنتج من مضمون الفقرة 18 الصلة بين أحكام المادتين 55و59، فيؤيد اعتبار مضمون المادتين يعود إلى معالم مرفق عام واحد.

إن جميع الحقوق المنصوص عليها في المادتين تدور حول حق العمل، فهي تنطلق منه، فتضمن بعض الحقوق أثناءه، وتضمن حقوق من لم تبلغوا سن العمل، والذين لا يستطيعوا القيام به، والذين عجزوا عنه نهائيا.(المادة59). وهو يريد أن يضع العمل كأسس النظام الاجتماعي.

فالمرفق ليس موحدا بالمعنى العضوي ولكنه يبرر بوحدة المنطلق(الحق في العمل) ووحدة المنطق الجديد الذي كرسته وحدة الإطار التشريعي. (م 18/122).

فالتكفل بهذا الحق لا يعني خلق مرفق خاص وواحد، بل إن المشرع والسلطة التنفيذية تملكان حرية في تقرير الوسائل التي يمكن بواسطتها ضمان هذا الحق. قد أسست الدولة التنفيذية عدة هيئات لدعم وترقية العمل كوكالات دعم التشغيل المتعدّدة، ولكن أهم نص تشريعي هو ما تعلق المتعلق بالتشغيل[1]، والذي أسس مرفقا عاماللتنصيب service public de placement.

وأما ما تعلق بالضمان الاجتماعي، فإن صناديق الضمان الاجتماعي التي تعد مرافقا عامة ذات تسيير خاص(21) EPGS، فهي تعد بلا شك، مرافق دستورية فهي تضمن تلك الحقوق المذكورة في المادة 2/55 من الحق في الحماية والأمن، والنظافة، كما الحق في الراحة، وهي التي تضمن جملة من الحقوق المنصوص عليها في المادة 59 بالنسبة للعاجزين عن العمل مؤقتا، أو نهائيا، أو الذين لم يبلغوا سن العمل كالطلبة مثلا وقد مددت الاستفادة من خدمات الرعاية الصحية والاجتماعية في إطار تدابير لدعم التشغيل وكذا الفائدة من ليس لهم عمل، وبدون أن يكونوا دافعي حقوق لصناديق الضمان الاجتماعي.

[1] القانون رقم 04-19 المتعلق بتنصيب العمال ورقابة سوق العمل

نستخلص أن إرادة المؤسس الدستوري قد انصرفت إلى تأسيس تلك الأصناف الثلاثة والتي تشكل نواة للمرافق العامة ذات الطابع الاجتماعي، ويمكن أن تتوسع تلك الدائرة استجابة للمقتضيات دستورية، لمرافق عمومية أخرى قد تكون أساسها مستمدة من الغايات الدستورية المذكورة في المادة الثامنة، خاصة ما تعلق منها: (الازدهار الاجتماعي والثقافي للأمة.) (المطة الثالثة) والأهداف المذكورة في الممادة 31 التي تتعلق: (تفتح شخصية الإنسان) والتي تجد أساسا دستوريا لهما يجسد تلك الغايات والأهداف فيما نصت عليه المادة 122(المطة 19) فيما يخص القواعد المتعلقة بالبيئة وإطار المعيشة...). فهذه النصوص تؤسس لكل مرفق ذو طابع ثقافي (مسرح، دار ثقافة) أو ترفيهي (كالحدائق العامة–مركبات الترفيه)، وخاصة ما تعلق بالمرافق المرتبطة بحماية البيئة.

ومهما يكن فإن الهرمية قائمة بحكم ما قدمناه، ويبقى للسلطة التشريعية والسلطة التنظيمية سلطة تقديرية فيما عدا تلك النواة المذكورة.

تتكون هذه (النواة) من المرافق السيادية، فهي مرافق دستورية بامتياز والتي لا يمكن خوصصتها ولا إشراك القطاع الخاص بامتياز والتي لا يمكن خوصصتها ولا إشراك القطاع الخاص في تسييرها، بعكس المرافق الاجتماعية التي لا يمكن إشراك القطاع الخاص في إدارتها وتسييرها، وهو نفس الحكم الذي يسري على النواة الدستورية من المرافق الاقتصادية(الفرع الثاني).

الفرع الثاني: المرافق العامة الاقتصادية

بالرغم من إقرار الحرية الاقتصادية فقد أسست لوجود بعض المرافق العامة الاقتصادية(الفقرة الأولى)، وحددت دستوريا "نواة صلبة" لها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأساس الدستوري: المادة 17

نستنتج أساس هذه المرافق من المادة 17 من الدستور (1) والتي نجم عن التصور الجديد للملكية العامة ونتائجه على المرافق العامة الاقتصادية (2).

(1) مضمون المادة 17

لقد خلصنا في الفرع الأول أن إقرار مبدأ حرية التجارة رتب عدة مقتضيات والتي من أهمها مقتضى الخوصصة، فالمشرع مدعو "الوضع القواعد المتعلقة بنقل الملكية من القطاع العام إلى الخاص. في فهم من ذلك أن الخوصصة ستكون كاملة، وبدون استثناءات، مما يستنتج منه أنه إعدام وإلغاء بكل المرافق

الاقتصادية الموجودة. ومما يؤيد ذلك عدم ذكر التأميم في كامل النص الدستوري، والذي يعد الأساس الذي يمكن الاستناد إليه لتأسيس مرافق عمومية اقتصادية، كماهو الحال في النظام الفرنسي.

فالقاعدة أن السلطات العمومية إذا أرادت إنشاء أو إلغاء مرفق عام قد تلجأ إلى إجراء خوصصة.

لقد وضع المجلس الدستوري الفرنسي اجتهاد فيما يتعلق بذلك في قراريه المشهورين، قراره المتعلق بالتأميمات[1] الصادر بتاريخ 16 جانفي 1986 وقراره المتعلق بالخوصصة الصادر بتاريخ 26 جوان 1986[2].

فالقرار المتعلق بالتأميمات ينطلق من التأكيد على حق أساسي وهو حق الملكية، فهو حق ذو طبيعة دستورية ف: "المبادئ المذكورة في اعلان حقوق الانسان لهم كامل القيمة الدستورية سواء ما يتعلق بالطابع الأساسي لحق الملكية الذي يعد الحفاظ عليه احدى أهداف المجتمع السياسي، والذي يتمتع بنفس الرتبة التي تتمتع بها الحرية، والامن ومقاومة الظلم، وكذا ما تعلق بالضمانات الممنوحة لأصحاب هذا الحق".

فالمجلس يعترف بالطابع الدستوري لحق الملكية، وهو يلاحظ تمدده إلى مجالات جديدة كحق المؤلف مثلا، ولكن تقع عليه قيود يقتضيها الصالح العام. فهذه التقييدات تعود منطبقا للمشرع، فيمكن المساس بها "إذا اقتضاها الضرورة العمومية" وأما الأمر الثاني الذي أكده المجلس الدستوري في هذا القرار هو التأكيد على الطابع الدستوري لمبدأ حرية المقاولة والذي يمكن المساس به"

فالقرار المتعلق بالخوصصة الصادر في 1986 يضع، يعترف ب: "أن ضرورة بعض المرافق العامة الوطنية تنبع من قواعد أو مبادئ ذات طبيعة دستورية"[3]، فهي بالتالي، وحسب الصياغة، لا يمكن أن تكون محلا للخوصصة. وبالعكس، فيما عاد هذه، فإن باقي المرافق تعود إلى اختصاص المشرع أو السلطة التنظيمية، فيمكن، بالتالي نقلها إلى القطاع الخاص.

إنّ المجلس الدستوري الفرنسي قد حدد "نواة صلبة للمرفق العام، تعد حد أدنى يقتضي التأميم، وحدد له حدودا فيمكن خوصصتها.

والحقيقة فإن الاستنتاج الذي نلخص إليه في الجزائر، ينطلق من قراءتنا هاته الأحكام الدستوري، خاصة الأحكام: 122 و17.

---

[1] D.C.N°=84.132 in « les grandes décisions du conseil constitutionnel.8edition1995».
[2] D.C.N°=86.207.
[3] «la nécessité de certains services publics découle de principes constitutionnels».

فالأساس الذي نستند إليه لتقرير ومعرفة هاته النواة الدستورية من المرافق العمومية الاقتصادية هو احكام المواد: 28/122 و17 من دستور نوفمبر 1996، ان استنتاجنا يمر عبر مرحلتين: أما المرحلة الأولى فيتعلق بالقول بأن المادة 28/122 هي مقتضي المادة 97 التي وضعت مبدأ حرية التجارة والصناعة. فهي، بحكم أنها مضمونة دستوريا، فيجب اقامتها ولا يحق ايراد أي تضييقات عليها الا ما هو ضرورة لإقامتها، أو الحفاظ عليها، وهذا هو ملخص تفسير المجلس الدستوري الجزائري لوظيفة القانون وسلطة المشرع.

وبالتالي، فإن اختصاص المشرع بوضع: "القواعد العامة لنقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص" ما هو إلا تجسيد لهذا التصور الدستوري، فالخوصصة تبدو كأثر لحرية التجارة والصناعة، هي ضمانة لتجسيد تلك الحرية. وأما المرحلة الثانية، فتتعلق بقراءة المواد 28/122 والمادة 17 من الدستور مجتمعين.

فإذا كان المؤسس الدستوري يضع قاعدة عامة هي: "نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص" والذي يملك فيها المشرع سلطة تقديرية، لا يستطيع المجلس الدستوري أن يحل محله في تقديرها[1]، الا أنّه يقع قيد عليها هو ما جاء في المادة 17 م الدستور.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 17 على أن: "الملطية العامة هي ملك المجموعة الوطنية". فهي تفيد أنها غير قابلة للخوصصة. ويؤدنا في ذلك ما كتبه الأستاذ رحماني عندما رأى أن المادة 17 من الدستور: توحي بمفهوم واسع ينطوي على مجموع الأملاك التابعة للدولة وللجماعات المحلية وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية، إضافة إلى أنها توحي بوجود طائفة من الأملاك العامة لا يمكن أن كون بأي حال من الأحوال موضوع تملك خاص[2].

والحقيقة أنّاستنتاج الأستاذ رحماني سليم من حيث تقرير الفكرة الثانية هي عدم امكانية خوصصة الملكية العمومية، فإن الأساس الأصح هو أن نسبة الأملاك الوطنية للمجموعة الوطنية تصور بتدريج في إطار الدسترة القائمة أصلاء على مبدأ السيادة، والتي يملكها الشعب (المادة 07 من الدستور)، وبالتالي، فإنه يرتب نتيجة أساسه هي الحماية الدستورية للملكية العامة، والتي تقتضي لخوصصتها تعديلا دستوريا.

---

[1]الحيثية.

[2] A. Rahmani,les biens publics en droit algérien,les éditions internationales.1996 ،p102

وقد قدم Latournerie فكرة ربط: نواة الملك العمومي بالسيادة (الدولة) نستنتج من ذلك، أن المشرع لا يملك سلطة خوصصتها[1] فهي "نواة محمية"، فالثروات والأنشطة المذكورة في المادة 17 يجب التصريح لعدم قابلية التصرف بدون أن تكون ملكا عاما (عرض الأسباب)[2].

(2) نعتقد أن عرض الأسباب لمشروع القانون الأملاك الوطنية قدم التبرير والتأسيس الدستوري الذي يظهر ارادة المشرّع في تجسيد التصور الدستوري الجديد للملكية العامة، ويفسر ارادة المؤسس الدستوري من قبل السلطة المجسدة لتلك الإرادة.

فقد جاء في الفقرة الثالثة من عرض الأسباب بأن "الطابع العمومي لهذه الممتلكات (أي ما جاء في المادة 17) يجعلها غير قابلة للتملك الخاص وهذا يساوي اخضاعها لقواعد الحماية الخاصة التي تشكل خصائص الملكية العمومية".

فهذه الأملاك تقع ضمن الأملاك ذات الطابع الاقتصادي، فهي جزء منها، والذي تشمل القطاع الاقتصادي العمومي، الذي أصبح موضوع خوصصة وفق المادة 28/122. نستنتج أن الخوصصة تمس مبدئيا، كل القطاع العام باستثناء الأملاك الواردة في المادة 17 من الدستور.

نستنتج من تلك الأملاك المذكورة في المادة 17 أنها تغطي أصناف مرافق عمومية معرفة، وبذلك، فإننا نستنتج من ذلك الأساس الدستوري للمرافق المرتبطة بالأملاك المعددة في 17. فالفقرة الثانية من المادة 17 بنص على الملكية العمومية: "(...) تشمل باطن الأرض، والمناجم والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، وثروات المعدنية الطبيعية والحية، في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية، والمياه، والغابات.

كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، والنقل البحري والجوي، والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية"

إن ذلك يسمح لنا بتحديد تلك المرافق بنوع من السهولة، فالنص الدستوري واضح وحكمه صريح، وهو لا يترك للمشرع وللمجلس الدستوري أي سلطة للتقدير كما في فرنسا، فتلك المرافق المنبثقة من الفقرة 9 من ديباجية الدستور الفرنسي.

وقد خلق ذلك صعوبة في تحديد "تلك المرافق"، وهو ما جعل صعوبة في تحديدها، على عكس ما نواه في النظام الجزائري، فالأساس واضح وجلي.

---

[1] Latournerie cité parGuglielmi p38.
[2] Rahmani,op.cit. IDARA n°1991.

الفقرة الثانية: التحديد الدستوري

يمكن القول بأن المؤسس قد حدد النواة الدستورية للمرافق العامة الاقتصادية(1)، وبين متطلبات الحرية الاقتصادية ومقتضى الصالح العام(2).

(1) النواة الدستورية

نستنتج من المضمون المادة 17 من الدستور أنه أشبه حصر للأملاك المحمية دستوريا، والتي يمكن استنتاجها المرافق العامة المنبثقة منها، فتبدو كنواة محددة ومذكورة صراحة وذلك على خلاف الحال في فرنسا،ف: "المرافق العمومية التي تعود فعلا إلى صنف "المرافق العمومية الدستورية" ليس من السهل تمييزها"[1] كما علقا الأستاذين gulgielmi et kobi وأيدهما الأستاذ belescize[2]عندما قال أن التحديد صعب عموما.

إن ما يمكن ملاحظته ابتداء هو أنه يمكن حصر تلك الأملاك في أصناف ويتعلق، على التوالي بمايلي: المناجم، والطاقة والمياه والغابات، والنقل بالسكك الحديدية، والنقل البحري والجوي والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

ويمكن القول أنّ بعض المرافق المتعلقة بهذه الأملاك ترابط بممارسة السلطة العامة كما هو الحال بالنسبة للطاقة والمناجم والأملاك الوطنية البحرية.

وقد نتج على تطبيق المادة 17 من الدستور صدور القوانين المتعلقة بالمحروقات[3]، والمناجم[4]، والقانون البحري[5]. فقد نجم عن هذه النصوص خلق سلطات ادارية مستقلة[6] يتكلف بمهام الدولة كسلطة عامة مفصلها عن مهامها كمالك تتصرف عبر شركاتها (سوناطراك بالنسبة لقطاع المحروقات، والمجمع المنجمي قطاع المناجم، المؤسسات المينائية)

---

[1] Grilles j. guglielmi,g.kobi,droit de service public,2 Edition. Montchrestien 2007,« les services publics qui relèveraient de la catégorie des services constitutionnels ne sont pas aisément discernables» p.161

[2] Ramu Beliscize, les services publics constitutionnels,

[3] القانون رقم 05-07 المؤرخ في 05 أفريل 2005 المتعلق بالمحروقات.

[4] القانون رقم 01-10 المؤرخ في 03جويلية 2001 المتضمن قانون المناجم. ج.ر.ج.ح عدد: 35

[5] القانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 جوان 1998 المعدل والمتمم للأمر رقم 76-80 المؤرخ في 25 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 47

[6] هم: سلطةضبط المحروقات ووكالة التراث المنجمي، والسلطة المينائية.

وبصفة عامة، فيمكن التأكيد على أن المرافق العامة الاقتصادية التي يمكن استنباطها من المادة 17 تتعلق بالمرافق العامة الاقتصادية. وان الحجة الأساسية التي نوردها، هو ما جاء في عرض أسباب القانون المتعلق بالأملاك الوطنية رقم 90-30، والتي تظهر ارادة المشرع، والتي تعد تجسيد للدستور.

فهو بعد ما يقر المبدأ الناتج، عن أحكام المادة 17 من الدستور أي مبدأ عدم قابلية التصرف، يأتي ليؤكد أن المبدأ:"(....)لا يتعارض مع استغلال الصناعي والتجاري لتوابع الأملاك الوطنية العمومية التي يمكن أن تكون محل أعمال الخواص".

وليكشف عن الصلة بين الملك والمرفق العام وليظهر أن الأمر يتعلق بالمرافق العمومية الاقتصادية عندما يقول أنه: "لا يوجد أي تناف بين الملكية الوطنية العمومية والطابع الخاص للقواعد التي تنطبق على تسيير المصالح الصناعية والتجارية".

وليخلص، في الأخير إلى القول: "وعليه فإن الثروات المنصوص عليها في المادة 17 من الدستور رغم تصنيفها ضمن الأملاك الوطنية العمومية، أن تكون محل استغلال صناعي وتجاري حسب الكيفيات التي تحددها القوانين الخاصة (قانون المياه–قانون المحروقات والأعمال المنجمية–النظام العام للغابات...).

وقد كان قطاع المياه أول قطاع يؤسس فيه مرفق عام على أساس استعمال الأملاك الوطنية العمومية بواسطة القانون رقم 96-13 في 15 جوان 1996 الذي عدل قانون جويلية 1983 والذي أسس مرفقا عاما في "مجال الخدمات العمومية للماء والتطهير" حسب المادة 03 من القانون الأخير في اطار: "المبادئ والقواعد المطبقة لاستعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة كونها ملكا للمجموعة الوطنية" (المادة الأولى من القانون رقم 05-12 يتعلق بالمياه[1]

وقد أسس المشرع "الخدمة العمومية للنقل البحري" في القانون رقم 98-05 بإيراد المراد 17 و18 في تأشيرات القانون، ونفس الأمر بالنسبة للقانون رقم 98-06 المتعلق بالنقل الجوي[2] الذي أور تأشيرات (أي المواد 17 و18 من الدستور) الاستناد عليه لتأسيس "الخدمة العمومية للنقل الجوي" التي تمارس على الأملاك المطارية.

---

[1] قانون رقم 05-12 مؤرخ في 28 جمادى الثاني 1426 المرافق ل 4غشت السنة 2005. عدد ج ز.ج ج.

[2] قانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 جوان 1998 المعدل والمتمم، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني. ج.ر ج 48.

وقد قام المشرع بإعادة تنظيم قطاع البريد والمواصلات، فأصدر القانون رقم 2000-03[1] الذي استند هو بدوره إلى المواد 17 و18 من الدستور التي أوردها في التأشيرات، ولكنهاستبعدبموجبالمادة 03 منه خضوع نشاطات البريد والمواصلات لقانون الأملاك الوطنية، وقد قام بخوصصة نشاط المواصلات والابقاء على البريد في دائرة المرفق العام.

وبصفة عامة، فيمكن التأكيد على انّ المرافق العامة التي يمكن استنباطها من المادة 17 تتعلّق بالمرافق العامة الاقتصادية. وإنّ الحجة الأساسية التي نوردها، هو ما جاء في عرض أسباب القانون المتعلق بالأملاك الوطنية رقم 90-30، والتي تظهر إرادة المشرّع، والتي تعدّ تجسيداً للدستور.

فهو بعدما يقيم المبدأ الناتج، عن أحكام المادة 17 من الدستور أي مبدأ عدم قابلية التصرّف، يأتي ليؤكد أنّ المبدأ: «(...) لا يتعارض مع استغلال الصناعي والتجاري لتوابع الأملاك الوطنية العمومية التي يمكن أن تكون محل أعمال الخواص».

وليكشف عن صلة بين الملك والمرفق العام وليظهر أنّ الأمر يتعلّق بالمرافق العمومية والاقتصادية عندما يقول أنّه: «لا يوجد أي تناف بين الملكية الوطنية العمومية والطابع الخاص للقواعد التي تنطبق على تسيير المصالح الصناعية والتجارية».

وليخلص، في الأخير الى القول: «وعليه فإنّ الثروات المنصوص عليها في المادة 17 من الدستور رغم تصنيفها ضمن الأملاك الوطنية العمومية، يمكن أن تكون محل استغلال صناعي وتجاري حسب الكيفيات التي تحدّدها القوانين الخاصة (قانون المياه – قوانين المحروقات والأعمال المنجمية – النظام العام للغابات).

فلم يعد نشاط المواصلات محتكرا فقد تم خوصصته مع الابقاء على "المتعامل التاريخي" المتمثل في "اتصالات الجزائر" ضمن القطاع العام، بما يظهر كأنها بقاء على المرفق العام.

أمّا بالنسبة لمرفق الكهرباء والغاز[2] بالاستناد إلى المادة 17 كما ذكرت في تأشيرات القانون، فقد قرر في المادة 03 منه على أنه: "يعتبر توزيع الكهرباء والغاز نشاط مرفق عام"، في حين أنه قرر أن: "تفتح نشاطات الانتاج على المنافسة"(المادة 06)، فهذا المرفق يعتمد على شبكة نقل الكهرباء التي هي

---

[1] قانون رقم 20-03 نحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية. ح.د.ح عدد48.

[2] قانون رقم 02-01 المؤرخ في 09 فبراير 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 08. ص4.

ملك عمومي للدولة، التي اعتبرتها المادة 29 "احتكار طبيعيا" ويتم تسييره من قبلهيئة مستقلة عن المؤسسات المنتجة للكهرباء، فهو نشاط مفتوح على المنافسة (المادة06) لقد استنبطنا هذه المرافق العمومية من ميدان الأملاك الوطنية العمومية التي ذكرت في المادة 17 من الدستور، والتي تجسد فعلا من خلال القوانين التي أنشأت تلك المرافق العامة بناء على المادة 17 من المادة 17 من الدستور.

وهي بذلك تعد مرافقا عمومية بمقتضي الدستور، فلا يملك المشرع ولا السلطة التنفيذية خيار في تأسيسه أو إلغاءه أو توسيعه في ارادة المؤسس الدستوري.

إن الصورة تبدو مكتملة، فعلى ضوء مضمون المادة 17 وتجسيداتها عبر القوانين المشار إليها، فإننا أمام مرفق عام مادي هو النتيجة على فرض تصورا ومفهوما ماديا للمرفق العام(2).

(2) الأثر: التوفيق بين متطلبات حرية التجارة والصناعة والصالح العام.

لقد عايننا بروز وتكريس مفهوم ماديا للمرفق العام عبر ما ذكرناه في النقطة السابقة، وهو يبدو وكأنه توجه عالمي يطغي بحكم عولمة النموذج الليبرالي، فقد أصبحت الأصناف القانونية "الليبرالية" هي المعايير المتداولة في الفضاء القانوني العالمي[1]، وخاصة مفهوم المرفق العام الذي تعرض إلى النقد الشديد: "فهو، وان كان يظهر كنموذج مضاد للسوق، فيجب الاعتراف أن قوة النموذج بدأت تتآكل تحت تأثير العولمة"[2].

والحقيقة أنه في الجزائر، فإن ظهور المفهوم كان مرتبطا بصدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، فهو بعد فصله للمؤسسات العمومية الاقتصادية عن المؤسسات العامة، المكلفة بتسيير المرافق العامة (المادة 04 منه) فإنه يمكن أن، تستند للمؤسسات العمومية الاقتصادية مهمة مرفق عام (المادة 57)[3].

فقد أصبح يتحدث عن مهمة مرفق، وعن مؤسسات يقوم ب: "تسيير مرفق عام"، فقد أصبح يحدد على أساس نشاط وليس على أساس أنه هيئة عمومية.

---

[1] Bernard auby. La globalisation ‹droit et l’Etat. Edition Montchrestien ‹2003 pp118-122

[2] J. Chapez,Yann Laidie,Gérald Simon,mondialisation et services publics in «la mondialisation du droit» sous la direction d'Éric loquaient Catherine kessedjian, litec. 2000. P.507 «si le service public apparait comme un modèle oppose au marché ‹force est reconnaitre que la puissance du modèle s’effrite sous l’effet de la mondialisation».

[3] أكثر تفصيلا، العودة الى محمد بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رحال بن اعمر ورحال مولاي إدريس، ديوان المطبوعات الجامعية. 1993.

وقد رأينا أن المشرع أسهم في تكريس، من خلال قانون الأملاك الوطنية ل 1990، وعبر عرض أسباب القانون، تصورا ومفهوما ماديا للمرفق العام.

وقد تجسد ذلك فعليا عبر النصوص القانونية التي رأيناها، والتي أعادت تأسيس المرافق العامة على أسس مختلفة. ولكن ذلك التصور الذي أظهره المشرع في عرض أسباب قانون الأملاك الوطنية، يعد ثورة لأنه كشف عن تصور دستوري. ففي الحقيقة، فإن المشرع بذلك قام بتفسير دستوري لنص المادة 17، والذي، عادة، ما يعود إلى المجلس الدستوري الذي يحتكر تلك الوظيفة التفسيرية.

فهي تظهر كنظرة ليبرالية سابقة لا وأنها، خاصة في ضل مجلس برلماني يغلب عملية الطابع المحافظ بالميل إلى التوجيهات الاشتراكية، وفي أحسن الأحوال، فهو ليس ليبيراليا متحمسا.

وهكذا يبدو اقرار مبدأ حرية التجارة والصناعة كتكريس لتصور موجود فيما يتعلق بتأثيره على المرافق العامة من حيث ميدانها وكذا من حيث طرق تسييرها.

إنّ تكريس المبدأ بهدف قانونيا إلى إعطاء أساس قانوني واضح لممارسة السلطة في مجال الاصلاح الاقتصادي، هو يهدف إلى ترتيب نتائجه هو مبدأ المنافسة، والذي يعده الأستاذ Favoreu أحد مكوني تلك الحرية.

إنّ مبدأ الحرية قد أثر على المرافق العامة في أمرين: في ميدانه وفي طرق تسييره. فقد قلص ميدانه فيما يتعلق بالمرافق الاقتصادية.

وقد ظهر هذا الأثر، حتى قبل تكريس المبدأ فيما ضمنه المؤسس الدستوري في المادة 17 وهو ما استنتجه المشرع عندما كتب في عرض الأسباب أنّ: "(...) احدى نتائج المادة 17 من الدستور تكمن في تحديد المجال الملكية العمومية"، والذي استبعده، بالنتيجة، تحديد مجال المرفق العام، الاقتصادي أساسا.

فأما تعلق بالميدان فقد رأينا من خلال تحديد للمجال حقيقة ذلك، وأما تعلق بطرق التسيير، فإنّها قد أصبح يشمل كل النشاطات الاقتصادية للأشخاص العمومية."[1]

لقد نتج عن ذلك اخضاع المرفق العام، في تسييره للمنافسة. وقد اقتضى الأمر "تفكيك" Démembrementالمرافق العامة التي تمثل "احتكارات طبيعية" إلى عدة نشاطات أي نشاط من

[1] المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة تنص على أن: "يطبق هذا الأمر على نشاطات الانتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العمومين إذا كانت لا تتدرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام".

جهة،ونشاط النقل والتوزيع من جهة أخرى. فلم يعد ينظر إلى المرفق ككتلة واحدة. وهذا كان الشرط لإخضاعه للمنافسة، وقد أصبح نشاط الانتاج يخضع للمنافسة، سواء في قطاع الماء، الكهرباء والغاز" تعد احتكارا طبيعيا وتسيير من قبل شركة مستقلة على شركات الانتاج.

والحقيقة، أنّنا نجد بذور هذا "التفكيك" في القانون 88-01 حيث نصّت المادة 75 منه على أنّه: «عندما تتحمل المؤسسة العمومية الاقتصادية قيودا من الخدمة العامة(...)»، والذي تجسّد في القوانين اللاحقة كما رأينا في القطاعات المشار إليها في المادة 17. وقد أقرّ المشرع تلك الصلة بين المرافق العامة والأملاك الوطنية، بما يظهر استمرارية التصور بينما أقرّه المشرّع الإصلاحي ودسترة ذلك في المادة 17 من الدستور وكذا نصت المادة 55 الفقرة الأولى على أنّه: «عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مبان عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المنوطة بها، يضمن تسيير الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة» ويؤكده ما جاء في المادة 7 من الأمر 01-04: حيث: "يمكن إبرام اتفاقيات بين الدولة، الممثلة في مجلس مساهمة الدولة، وبين المؤسسات العمومية الاقتصادية الخاضعة لتبعات الخدمة العمومية".

إن الأثر الآخر، وهو الوجه الحقيقي لهذا المبدأ، هو السماح للخواص بتسيير المرافق العامة، وقد رأيت أن ذلك قد جاء في عرض أسباب قانون الأملاك الوطنية(1990) عندما نص صراحة على أن: "مبدأ عدم قابلية التصرف لا يتعارض معالاستغلال الصناعي والتجاري لتوابع الأملاك الوطنية العمومية التي يمكن أن تكون محل أعمال الخواص".

وقد تجسد ذلك، في إمكانية خوصصة المرفق العام حيث نصت المادة من الأمر أنّه: «عندما تكون مؤسسة عمومية اقتصادية تقدم خدمة عمومية موضوع خوصصة، تتكفل الدولة بضمان استمرارية الخدمة العمومية».

وقد لاحظ الأستاذ بوسماح فيما عنونه "بمحاولات فاشلة لتعريف المرفق العام"[1]. خطورة بروز المفهوم المادي والتي جلبت وكذا مفهوم الغائي للمرفق العام والذي تم، بمناسبة اعادة النظرة في قانوني البلدية والولاية، وقد رأى الأستاذ أن:"وراء هذه المقاربة يوجد ليس التصور الغائي للمرفق العام بل وحتى

[1] نفس المرجع ص58

نظرية المرفق العام الافتراضي. وبالتالي يمكن أن يوسع المرفق إلا مالا نهاية، فيفقد كل محتواه القانوني"[1].

والحقيقة تلك المحاولة، وإن كانت فاشلة في التعريف المرفق العام، إلا أنها تظهر بروز المفهوم المادي والتي جلبت في النصوص المذكورة(أي قانوني البلدية والولاية) بتساوي المرتفقين في التمتع بالخدمات التي يوفرها لهم وكذا باستمرارية مهمته.

وقد تأكد التخوف من خلال اجتهاد مجلس الدولة في قضية حزب جبهة التحرير الوطني[2] حيث ذكر القاضي صراحة بقوله: "حيث يتجلى أيا من زاوية المعيار المادي أن الحزب هو تنظيم أساسي في الحياة السياسية للدولة وتمارس نشاطات تتعلق بالمنفعة العامة ويخضع بذلك للقانون الإداري في تأسيسه وعملهواختصاصه ولا يمكن في أي حال من الأحوال اخراجه من حقل القانون العام" ولكنه بقي اجتهادا معزولا.

وقد استقر رجال القانون في فرنسا على الاعتراف بهذا التصور الجديد للمرفق العام الذي مفاده أنّ الدولة أصبحت الضامنة لتمتع الجميع فعليا بحد أدنى من الخدمات العامة، وهو ما يسمح بإشراك القطاع الخاص، فقد كتب: «إذا كانت الدولة تضمن حد أدنى لوصول الجميع الى الخدمات، بحكم أنها مرافق عامة دستورية، فلا يمنع ذلك من وجود قطاع خاص، الى جانب القطاع العام، يضمن بآليات قانونية ملائمة (عقود، تفويضات، إلخ) فعلية النشاط المعترف به كمرفق عام دستوري»[3][*].

وهو ما جعل الباحثين أمثال EspuglasوGulgielmi Kobi يعتبران أنّ: «المرفق العام، بالذات، يبقى خارج حركة الدسترة، رغم ما يظهر من الغرابة»[4][*]، ويرى Foulguier أنّه: «في نهاية المطاف، فإنه بإنكاره للمرفق العام، فإنّ القاضي قد كرّس مكانته»[5][*]، فالنسبة لـ Reliseize فقرارات لا تنكر

---

[1] نفس المرجع.

[2] قرار مجلس الدولة بتاريخ 03 /2004/03 بين السيد علي بن فليس ضد صديقي عبد الحميد ومن معه قرار غير منشور.

[3] Nicole Beloubet-Frier,Gérard,l'administration en chantiers, R.D.P, P.316.

[*] ««si l'Etat doit garantir,puisque ce sont des services publics constitutionnels,un niveau minimum d'accès à tous,rien n'interdit de mettre à cote du service public,un secteur prive assurant à tous les mécanismes juridiques (contrats ‹délégation, etc.) l'effectivité de l'activité reconnue comme service public constitutionnel».

[4] Norbent Foulquier, Eric Rolin, Constitution et service public, les cahiers du conseil constitutionnel. 2012.

[5] Ibid. P.27.

[*] «C'est en définitive tout en niant le service public que le juge constitutionnel le consacrera ».

الحقيقة الدستورية للمرفق العام، والتي توجها لرفض المرفق الوطني للكهرباء في سنة 2006، كما استنتج ذلك الأستاذ Belescize[1].

لقد تأكد بأن ذلك التحديد المجرد للمرفق العام الدستوري والمنبثق من التصور الدستوري للوظيفة القانون كتجسيد للحريات، وحرية التجارة والصناعة بالذات، حيث لاحظ Chevallier أنّه: **«من الناحية القانونية، فإنّ الحريات الفردية، المفترض منها احتواء نشاط الدولة، ليست معنية مباشرة بأي نشاط يهدف إلى توفير خدمات»**[2]. رافقت التجسيد في النص الدستوري في حد ذاته، متمثلا في تلك "النواة الصلبة" والمكونة من المرافق السيادية والمرافق الاجتماعية والمرافق الاقتصادية.

والحقيقة أن المرافق السيادية هي المرافق الدستورية بامتياز، لأنه لا يمكن خوصصتها لا من حيث النشاط أو من حيث الهيئة المكلفة بها، فإن المرافق الاجتماعية والاقتصادية يمكن تسييرها بإشراك الخواص في تسييرها، ولكن ذلك لا ينقص من الضمانات المقررة للمستفيدين منها، فتلك المرافق تستفيد من ضمانات وهي: الوجود والفعلية، بما يضمن للمرتفقين في إطار المساواة وباستمرارية (المواد 06 و17 من أمر الخوصصة).

فقد اقتضت الضرورات الاقتصادية والتطورات التكنولوجية أن تتغير طرف تسييرها دون المساس بجوهرها، هي كونها مازالت نشاطات تتمتع بطابع النفع العام. وهو ما أدى إلى ظهور مفهوم مادي للمرفق العام[3]، كانت لها أثر كثيرة سواء في تحديد ميدان المرفق العام يدور حول مفهوم الصالح العام أو في مجال النظام القانوني الذي يحكمه.

يمكن القول بأن مفهوم المرفق العام الدستوري يملك أساسا دستوريا ويتجسد من خلال المرافق العامة المذكورة.

إنّ المفهوم في الجزائر لا يعاني من صعوبة التحديد، كما في النظام الفرنسي، فقد استنتج الأستاذ Belescizeأنه لا يوجد مفهوم يتعلق بالمرفق العام الدستوري و: "التحديد غير ممكن". L'identification est impossible.

---

[1]Belescize Ramu, Grandeur et servitude de la notion service public constitutionnel, R.F.D.A, 2006, P.1163.

[2] Morand Chevallier, le droit néo-moderne, P.60.

[3] سنتناوله في الباب الثاني، الفصل الثاني، المبحث الأول، المطلب الأول، الفرع الثاني.

لأنّه مستمد من مقتضيات دستورية(يعود تقريرها إلى المجلس الدستوري، أكثر مما تعود إلى تقرير البرلمان) وليس من أحكام دستورية وهو في النظام الفرنسي قد أكتسب الطابع المادي والوطني وطغى على المرفق العام[1] وتخوف الأستاذBelescziz من"خطورة أن يؤدي إلى صنف من المرفق، الذي لا يستطيع الاستبعاد، فتضم عموم المرافق العامة"[2*].

ويستخلص الأستاذ Belescziz في أطروحته حول مفهوم "المرافق العامة الدستوري" أنّ: «مفهوم المرفق العام الدستوري يجد سبب وجود ه في إرادة المجلس الدستوري (...) في إعطاء حماية قوية لمرافق تُعدّ المربّع الأخير لاختصاص الدولة»[3*]، وقد أصبح ذلك يمثل "النواة الصلبة" للإدارة فهي: «تمثل اختصاصات الدنيا التي يجب على الإدارة ضمان ممارستها»[4].

نستخلص، أنّنا لم نعثر على مفهوم لمرفق عام دستور، بالنظر لغياب تفسير للمجلس الدستوري، رغم كثرة الفرص التشريعية، بالنظر لضعف إطار الإخطار، ولكنّنا استنتجنا مجالا ونواة لمرافق دستورية استنادا لمقاربة تنطلق من مقاربة من جهة نظر الحقوق والحريات، ولنحدّد إطارا دستوريا للمرفق العام ومن حيث رسم مجال دستوري للإدارة.

أسهمت الحقوق والحريات الدستورية من حيث أنّها علاقة بالدولة أساسا في تحديد مجال الإدارة، سلبيا وإيجابيا عبر إطار دستوري لوظيفتي الإدارة الضبطية والمرفقية حيث تجسدان الدستور كحامل لمفهوم دولة القانون.

---

[1] Cf. op. cit. p27.

[2] Ibid.p.17.

[*] «le risque est d'aboutir à une catégorie qui faute d'exclure ،englobe la généralité des services publics».

[3] Ibid. P.17.

[*] «La notion de service public constitutionnel aurait sa raison d'être dans la volonté du conseil constitutionnel (…) d'offrir une protection renforcée à des services qui constituaient le dernier carré de la compétence étatique».

[4] Bouber et Timsit, Op.cit. P.316.

خلاصة الباب الأول

نستخلص أنّه يمكن تعريف الإدارة دستوريا، عبر مبدأي الدسترة: مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ ضمانة الحقوق والحريات، انطلاقا من معطيات القانون الوضعي الجزائري، وخاصة الدستورية منها والتي استفادت من تفسير من المجلس الدستوري، بشكل عام، ليمنحها إطارا دستوريا.

وقد أثبتنا ذلك بالاستناد الى اجتهاد المجلس الدستوري، والتي تجسّدت في تكريسه للمبدأين في آرائه وقرارات الأولى.

فقد استنتجنا تعريفا دستوريا للإدارة من مبدا الفصل بين السلطات، من خلال تفسير المجلس الدستوري للمبدأ حيث استعمله كمفهوم وضيفي يهدف الى منح استقلالية دستورية للإدارة العمومية، وهو بذلك قد حدّد مجال القانون الإداري دستوريا، بما يبعدنا عن التحديدات التشريعية والتنظيمية والقضائية المتقلبة والمتغيّرة.

كرّس بذلك الإطار العضوي للإدارة بشكل يمنح اطارا مستقرا وواضحا سياسيا وقانونيا بعيدا عن تصورات الإيديولوجية وقد منح المبدأ الدستوري المتعلق بضمانة الحقوق والحريات الركيزة الثانية للإطار الدستوري للإدارة العمومية، بما يكرّس البعد المادي لتعريفها. وقد استندنا بالأساس على الحيثية المتضمنة في القرار المتعلق بقانون الانتخابات التي نصّت على ضمانة تلك الحقوق والقيودالواردة عليها، مما مكّننا من استنتاج وظيفة الإدارة من زاوية ارتباطها بالحقوق والحريات، بما وضع وظائفها في اطاراها الدستوري، سواء فيمات يتعلق بالنظام العام وكذا المرفق العام.

الباب الثاني

دسترة النظام القانونـي للإدارة

الباب الثاني: دسترة النظام القانوني للإدارة

نسجّل دسترة النظام القانوني للإدارة، وبدرجة أولى، دسترة لمصدره، وهي أهم مظاهر للدسترة(الفصل الأول)، وليمتدّ أثر الدسترة إلى مضمون النظام القانوني للإدارة (الفصل الثاني).

تعدّ هذه الدسترة: "ترقية" لمصدر القانون الإداري، فلم يعد مصدره الأساسي السلطة التنظيمية للإدارة كما كانت، وبعض التشريعات المبعثرة وكذا بعض الاجتهادات القضائية. فهي دسترة جزئية لبعض القانون الإداري، في مستوى أول، وهي منحت اطارا دستوريا للنظام القانوني للإداري عموما في مستوى ثانٍ.

وقد منح الدستور "اطارا" للنظام القانوني للإدارة على مستوى أول ولتأثر الدسترة في مضمون النظام القانوني، وليحل الإطار الدستوري محلّ الأطر التشريعية "الجزئية"، وخاصة تلك الناتجة عن الاجتهاد القضائي "الحر"، حيث انّ الدسترة أصابت الاجتهاد القضائي فأمسى يأخذ بالمتطلبات الدستورية.

الفصل الأول: دسترة المصدر

مرت دسترة القانون الإداري في النظام القانوني، بمرحلتين، كما وصفها Favoreu[1]، وتتمثّل الأولى في مسار تراكم Accumulation المعايير الدستورية المتعلقة بالإدارة نتج عنها تكوين طائفة الدستورية (المبحث الأول)، وتتمثل المرحلة الثانية في الانتشار La diffusion الذي عاد، أساسا للقاضي الإداري ليسهم في اندماج الدستور في الطائفة الشرعية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مسار تكوين الطائفة الدستورية

إنّ القواعد التي تحكم القانون الإداري، كانت موجودة (إمّا تشريعيا وتنظيميا، أو بفضل الاجتهاد القضائي)، ولم يسهم الدستور في خلقها، بل أسهم في "ترقيتها" بمنحها الطابع الدستوري (المطلب الأول)، وتكريس بعض قواعد القانون الإداري بفضل إندماج المعاهدات في الطائفة الدستوري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الترقية الدستورية

لا شك أن إقامة الهرمية الدستورية انطلاقا من دستور فبراير 1989 يؤثر على المعايير والقواعد التي تحكم الادارة في تنظيمها وفي نشاطها،وقد سبق وإن أشرنا في بحث سابق التي هذا التأثير[2].

إن ذلك التأثير متفاوت،وإن كنا قد لاحظنا أن هناك دسترة مكثفة "الرقابة القضائية" وهو ما يترك أثر لا ريب فيه.

إنّ مسار الدسترة،عبر التعديلات الدستورية منذ1976،إلى يومنا هذا،يؤكد وجود دسترة "جنينية" ما قبل دستور1989 (الفرع الأول) تتعاظم تدريجيا انطلاقا من دستور 1989 (الفرع الأول).

الفرع الأول: ماقبل دستور 1989:"دسترة جنينية"

يمكن التأكد على أنّ دسترة بعض قواعد القانون الاداري كانت ضئيلة في دستور 1963(الفقرة الأولى)لتصبح صريحة في دستور نوفمبر 1976(الفقرةالثانية).

---

[1] Favoreu,

[2] دخينيسة أحمد، الأسس الدستورية لرقابة الشرعية. مذكرة ماجستير 2001-كلية الحقوق-جامعة الجزائر.

الفقرة الأولى: دستور 1963: دسترة ضئيلة للمادة الإدارية.

يظهر اعتماد الدستور في 10سبتمبر1963عن طريق الجمعية التأسيسية مدى الاهتمام شأن العلاقة السياسية وبخاصة مسألة طبيعة الدولة (1) لتمرّ الدولة بفراغ دستوري (2).

(1) لقد تم إقامة دولة هي نتاج نضال وطني أحدث قطيعة مع النظام الاستعماري، ولكن تلك القطيعة في التوجه القائم على وحدة الدولة والحزب الطلائعي وعلى إنكار الفصل بين السياسي والاقتصادي وكذا الفصل بين السلطات، لم يمنع من بقاء الارث الاستعماري من حيث تصور الدولة وسيرها. إن ذلك، يظهر حاليا من خلال قانون 31ديسمبر1962المدد للعمل بالقوانين الفرنسية[1]. إن أهم أثر قانوني هو الاهتمام بالبقاء على مبدأ الشرعية قائما، فلا يمكن. بالنسبة للسلطة الوطنية، تصور دولة وخاصة الادارة تعمل بدون أساس قانوني.

وجاء دستور1963،في مجال الادارة ببعض القواعد المعروفة في النظام الفرنسي[2] كمنح السلطة التنفيذية لرئيس الجمهورية(المادة39)والذي يملك السلطة التنظيمية (المادة53) لينفذ القوانين(المادة52). وهو كذلك يملك سلطة التعيين في الوظائف المدنية والعسكرية (المادة54).

وقد أورد الأحكام المتعلقة بالتنظيم اللامركزي عندما نص على أنّ: «تتكون الجمهورية من مجموعاته إدارية يتولى القانون تحديد نطاق اختصاصها» (المادة 01/09من الدستورالفقرة الأولى) وليعتبر أن: «المجموعة الاقليمية الادارية، الاقتصادي والاجتماعية القاعدية هي البلدية».

وقد جارى الدستور الفرنسي لـ 1958 من حيث دستره لسلطة رئيس الجمهورية في مجال الحالات الاستثنائية (المادة 160).

والحقيقة أن تعطيل العمل به نتيجة لتطبيق الحالة الاستثنائية لم يسمح لنا بمعرفة تأثيره على القانون الاداري رغم إقامة رقابة دستورية على القوانين.

لقد كانت إقامة الرقابة الدستورية في دستور 1963 أهم مكسبا للدسترة، مما يظهر تأثير في تفكير المؤسس الدستوري.

فقد نصت المادة 64 على أنّ: «يفصل المجلس الدستوري في دستورية القوانين والأوامر التشريعية بطلب من رئيس الجمهورية أو من رئيس الجمعية الوطنية»، حيث: «يتألف المجلس الدستوري من الرئيس

---

[1] العودة الى بيان الأسباب

[2] ما يمكن ملاحظته أن دستور 1963جاء متأثر دستور1958

الأول للمحكمة العليا ورئيسا لحجرتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا، وثلاث نواب يعنيهم المجلس الوطني وعضو يعنيه رئيس الجمهورية». (المادة 63 من دستور سبتمبر 1963).

ويمكن القول أنّ فكرة الدستور كان لها تأثير، كم رأينا في لإقرار S.I.A.D (الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الأول)، حيث استند إليه (في مادته العاشرة).

(2) وتضاءلت أهمية التأثير بحكم التطورات اللاحقة بتبنّي أمريه 10 جويلية 1965.

إن إصدار أمرية 10جويلية 1965التي أسست لمجلس الثورة الذي يملك السلطتين التشريعية والتنظيمية كان سببا قانونيا في استبعاد أي إشارة الى الدستور باعتباره مصدرا يتعلق بالسلطة السياسية ولم تتعدها الى إقامة دستور بالمعنى المتعارف عليه حيث أعتبر "دستورا صغيرا"،ولكن أهم ظاهرة كانت ما سمي "بالمواثيق"[1]،حيث تظهر أهميتها أنها جاءت لتبرير وتفسير قوانين أساسية بالنسبة للتوجه الاشتراكي.

ولكن أهميتها تمكن في أنها تناولت مواضيع تتعلق بالقانون الاداري كميثاق البلدية[2]وميثاق الولاية[3]حيث يمكن اعتبارها تأسيسا "شبه دستوري"بمعيار مادي لجزء من المادة الادارية.

إنّ غياب الدستور لم يمنع من وجود حياة قانونية زاخرة بالأحداث (الثورات الثلاث)،وخاصة الثورة الزراعية التي أطرها ميثاق قانون[4].والحقيقة أن تلك القوانين تجد لها أساسا دستوريا بعيدا في الدستور المعطل حيث أنه نص على الاشتراكية[5]كمبدأ عام يحكم المجتمع.

فيمكن القول،بوجود صلة لتلك القوانين في معظمها،والتي موضوعها الادارة،بالدستور من حيث المبدأ وإن ضعف الأساس الدستوري لها.

وإنّ أهم إسهام لتلك المرحلة هو بروز:"المبادئ العامة للقانون"على هامش الشرعية الاشتراكية لتنتج شرعيةتستمد روحها من تصور ليبيرالي للقانون.

ولقد ظهر ذلك جليا،خاصة،في مجال القانون الاداري والذي كان نتيجة لاجتهاد "الغرفة الادارية" للمحكمة العليا.ولقد مثلت تلك الاجتهادات المبكرة[1]أساسا للشرعية الادارية، فقد أصبحت من مصادر

---

[1]Cherif Bennadj, des chartes comme sources de droit.

[2] أمر رقم 73-

[3] المادة ....:"

[4] أهم مراجعة: أحمد محيو، المنازعات الإدارية.

[5] أهم مصادر: حولية.

القانون الاداري في الجزائر رغم كثافة التشريع[2]بالأوامر التي حاولت تحقيق هدفين:سد الفراغ التشريعي والتنظيمي وإعطاء مضمون ثوري اشتراكي.

لم تنل مكانة المبادئ العامة،للقانون ما تسحقها من الاهتمام القانوني،وخاصة أنها ارتبطت بمرحلة حاسمة وهو تأسيس القانون الاداري كألية لبناء الدولة بعد 19جوان1965.والحقيقة،أنها أسهمت في إقامة مبدأ الشرعية،إلى جانب باقي النصوص ذات الطابع التشريعي والتنظيمي،إنّ ذلك يعد اسهاما استثنائيا بحكم غياب هرمية قانونية نتيجة لغياب الدستور.فعلى عكس الحالة الفرنسية،فإنّ الدستور،قبل الدسترة الحالية كان مصدرا لاستلهام المبادئ العامة للقانون[3]في حين أن ذلك يعد صعبا،بالنسبة للقاضي الاداري الجزائري نظرا لذلك الغياب.

ورغم ذلك،فإنّ القاضي الاداري قد لجألى الدستور (دستور1963) فيقرار ليقرر أمر اختصاصه، واستدعى ما أعتبره أمرا أساسيا ليسند إليه فالقضية هي قضية والي الجزائر ضد شركة[4]S.I.A.D.

حيث أنّ والي ولاية الجزائرطعن بدعوى بتاريخ 25جويلية1966 بالإلغاء في قرار صادر بتاريخ16 سبتمبر1965من مجلس قضاء الجزائر،القاضي في المسائل الاستعجالية الذيألغى أمر بعدم الاختصاص لمحكمة الجزائر،وأمر بطرد الطاعن وكل الشاغلين من مجال شركة.

حيث أنّ الرئيس الأول للمحكمة العليا بأمر مؤرخ في10جويلية1973،قرر أن تقوم الغرفة الادارية بالتحقيق والحكم في هذا الطعن،الذي كان قائما أمام غرفة القانون الخاص.

حيث يمكن ذكر الوقائع الأساسية مع بعض الحيثيات المرتبطة بموضوعها.فالقضية تثير كثيرا من المسائل المهمة التي ترتبط بمواضيع أخرى.

حيث أنّه تم الوضع تحت حماية الدولة لممتلكات شركةS.I.A.Dالتي وضعت تحت تصرف جريدة La dépeche d'Algérie مطبعتها،والتي تعتبر وسيلة في السياسة العادية للجزائر التي تنتهجها هذه الجريدة، «حيث أن الاستلاء تم بدون قرار وكان قراراً ولائي،ولكن العملية تمت في إطار تطبيق المرسوم

---

[1]Mahiou (ahmed), contentieux administrationt, l’annuaire de la justice 1966, 1967, khelouf, bouchahda.

[2] القوانين المتعلقة بالقانون الاداري متواجد بقوة: أوامر البلدية والولاية(67و69) وأمر66-للوظيف العمومي وأمر 69-70 للصفقات العمومية

[3]J. Mark Maillot, la Théorie administrative, des principes généraux du droit continuité et modernité : Dalloz, 2003.

[4] cour suprène-chambre administrative-18juin1977,wali d’alger c/s .a.i.d.in « receul d’arrèts. Jurisprudence administrative .d.p.u1985, p 158.

رقم 63-168الصادر بتاريخ 09ماي1963المتعلق بالوضع تحت الحماية،بكل ملك الذي يمكن أن يحدث استعماله مساسا بالنظام العام أو السلم الاجتماعي،وبالتالي،وبالنظر للظروف الاستثنائية التي كانت سائدة آنذاك،فلا يمكن النظر إليه انه يشكل اعتداء ماديا (...)»[1].

حيث أنّه من بين الوسائل القانونية المثارة ما جاء من: «اعتبار أنّ القرار الولائي يعد عملا حكوميا،وأنه،ومن أجل تحقيق الأهداف الأساسية المنصوص عليها في المادة 10من دستور 10سبتمبر1963،فإنّ الحكومة وأعوانها مدعوون إلى اتخاذ إجراءات تتعدى إطار نشاطهم الإداري»[2]،ويواصل: «وأنه،وبالتالي،فإنّ موقف القضاة يجب أن يحكمه الحرص على الامتناع عرقلة عملية بناء ديمقراطية اشتراكيةواقتصادية باشرتها كاختيار أساسي».

يستدعى القرار مجموعة من التعليقات سواء من حيث المفاهيم المستعملة ومن حيث طريقة تفكير القاضي الإداري[3].

إنّ اهم ما يمكن ملاحظته هو ما تعلق باستعانة القاضي بالدستور،من حيث تحديد مفهوم معين[4]،ومن حيث تحديد اختصاصه.

إنّذلك يظهر تأثير الدستور فقد تم استدعاؤه للنقاش القانوني (أي القضائي) ليكون الإطار الأساسي والقانوني والسياسي،فهو أساس وإطار ومصدرا.

وبالتالي، فإنّه يمكن القول أن إسهام القرار من الناحية القانونية يظهر الحاجة لمبدأ الهرمية القانونية عموما،فلا يكتفي كمبدأ الشرعية في مكوناته التشريعية والتنظيمية،بل أن الدستور يعد معيارا لتلك الهرمية.

ذلك يبرر فكرة متداولة وهي أنّ الدستور يعد أساسا للنظام السياسي والقانوني بالمعنى العادي،وهي،في الحقيقة،نفس الفكرة التي انطلق منها الأستاذ Vedel فيديل في محاولته المبكرة لتأسيس القانون الاداري على أسس دستورية[5].

وهو كذلك إطار يسمح بإعطاء معنى ومضمون لمفاهيم النظام القانوني.وقد انتج ذلك مفهومي النظام العام والظروف الاستثنائية،فمفهوم النظام العام يرتبط بالدستور،وبمضمونه أساسا،فهو مفهوم نسبي،فلا يمكن كشف حقيقته الى العودة الى الدستور كمضمون،فالأمرفي دستور 1963يتعلق بـ"اختيار

---

[1] ترجمة بتصرف لأحد الحيثيات
[2] ترجمة بتصرف لأحد الحيثيات
[3] يمكن الاستعانة بها في أجزاء أخرى من البحث.
[4] مفهوم النظام العام والحالات الاستثنائية.
[5] اختصاص القاضي الإداري.

أساسي"في: «إقامة ديمقراطية اشتراكيةواقتصادية» حسب مصطلحات القاضي الاداري الجزائري. مرددانفس ما جاء في المادة 10،المطة الثالثة من تعدد الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية أي: «تشييد ديمقراطية اشتراكية».

وأمّا كونه مصدرا،فإنّ القاضي الاداري قد أثار سندا دستوريا هو المادة 10من دستور 10سبتمبر 1963،وذلك يعد دسترة بالمعنى الأكثر حداثة،مما يظهر أنها لست حديثة في اهتمام القانوني،بل أنها تقع في صلب التفكير القانوني،وأكثره جدية ألا وهو استدعاؤه في وسائل المنازعات القضائية عموما،والادارية خصوصا.

فقد لاحظ الفقه الفرنسي أن مسألة "الأسس الدستورية ليست حديثة كما يظهر،فقد لاحظ الأستاذ: Bigot[1]أن lafériére كتب في محاضراتهأن: «فصل القانون الاداري عن القانون العام الدستوري يعد إنكارالسبب وجودة؟».

والحقيقة،أنّ مجلس الدولة الفرنسي،وحتى قبل زحف الدسترة وتطورها،قد لجأ الى الدستور لتأسيس الميادين الأساسية للقانون الاداري ألا وهي الضبط الاداري والمرفق العام،وذلك في قرار hieryes[2].

ففي القرار الأول استند قاضي مجلس الدولة على المادة الثالثة(03)من دستور25فيفري1875 الذي يضع رئيس الجمهورية على رأس الادارة ويكلفه بتنفيذ القوانين والتنظيمات حيث: «يعود له،بالتالي،بالسهر،في كل وقت،على أن تشتغل المرافق العمومية المؤسسة بواسطة القوانين والتنظيمات»[3]،و قد أسس مجلس الدولة،أيضا،سلطة رئيس الجمهورية في مجال الضبط الاداري على أساس من إيراد نفس المادة 03من الدستور في التأشيرات حيث: «أنه،يعود لرئيس الدولة،وخارج إطار أي تفويض تشريعي وبمقتضى سلطاته الخاصة،أن يحدد إجراءات الضبط التي يجب تطبيقها على كامل الاقليم،ومهما تكن الأحوال»[4]

لقد كان ذلك إسهاما من الاجتهاد القضائي في إقامة الصلة بين القانون الاداري والدستور بشكل مبكرا. والحقيقة أن القاضي الاداري الجزائري لم يشير الى المادة10بشكل ولم يثرها في روح نصها بل

---

[1]Grègoire Bigot,les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 R.F.D.A.2003,p.218.

[2]Ibid, N° 36

[3] حيثية مترجمة بتصرف من المؤلف(9)

[4]« Il appartient au chef de l'Etat, en dehors de toute délégation législative e et en vertu de ses pouvoir propres,de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées sur l'ensemble du territoire »

استعملها كأساسمباشر، فالمادة 10تنص على أن: «الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية هي:

- صيانة الاستقلال الوطني وسلامة التراب الوطني والوحدة الوطنية.
- تشيد ديمقراطية اشتراكية، و...»

فإنّنا نلاحظ مصطلح "تشيد ديمقراطية اشتراكية" المذكور جاء في صلب حيثيات القاضي كما ذكرنها.

إنّ ذلك لم يثر كثيرا من الملاحظات أو التعاليق على القرار[1] رغم أهمية هذا الطرح.إنّ ذلك له ما يبرره لكونه بقي أساسا منعزلا واجتهاد مبتورا.

إجمالا يمكن التأكد على أن الفترة الممتدة من دستور 1963،إلى غاية صدور دستور نوفمبر 1976،قد تميزت في مجال الشرعية الادارية بظهور مصدرين للقانون الاداري،ما سبق الاشارة إليهما وهما:الأوامر المتعلقة بالمادة الادارية (الوظيف العموميوالصفقات العمومية)ومجموعة المراسيم الصادرة عن رئيس مجلس الثورة،رئيس الدولة في كل ميادين المؤسسات العمومية،والتي أحدثت زحما قانونا تتجه الانتاج الكثيف لها حول المؤسسة العمومية[2].

ورغم هذا الحضور الكثيف،فإنّ الاجتهاد القضائي للغرفة الادارية قد أسهم في ذلك الانتاج المعياري كسد لبعض الفراغات القانونية،وخاصة في ظل غياب الدستور.

إن صدور دستور نوفمبر 1976يعد تكريسا دستوريا وترقية دستورية لتلك النصوص وتلك المبادئ العامة للقانون (الفقرة الثانية)

الفقرة الثانية:دستور 1976: دسترة "صريحة"

اغتنت الشرعية الادارية بدسترة أسس النظام الاداري الاشتراكي(1)،وبدسترة المبادئ العامة للقانون(1).

---

[1] Marhoum (fadela),la conception de contrôle de légalité,déjà cité
[2] Boussoumah, op.cit.

يتميز دستور 1976 بأنه جاء كنتيجة لإرادة "السلطة الثورية" في تكريس دستور يرسخ ما قد سبق وان تبنته عبر سلسلة المواثيق[1] والأوامر.وبالنتيجة فانه قام "بالترقية" الدستورية للمبادئ والأسس المتضمنة في تلك النصوص الثورية،التي يهدف من ورائها الى دسترة "المكتسباتالاشتراكية".

فالأمر يتعلق بإضفاء الصفة القانونية على الاختيارات المفروضة خارج الشرعية الكلاسيكية وخارج مؤسسات من الطراز التقليدي القائم على فكرة التمثيل الانتخابي.

فدستور 1976 يهدف الى "حماية" ما تم تكريسه في الواقع،والى "ترقية الشرعية "الاشتراكية الى جانب ما كرسته المبادئ العامة للقانون ذات الصيغة الليبرالية.

والحقيقة،أن دستور 1976 قد كرس كثير من تلك المبادئ المعروفة (وهو ما سنتناوله في الفقرة الثاني)،ولكن اسهامها المتميز يتمثل في دسترة مبادئ جديدة بمضمون اشتراكي.

والحقيقة أنّ تلك المبادئ الجديدة قد أحدثت اضطرابا في المفاهيم، فإضافة الى دسترتها[2]،فمضمونها الاشتراكي كما كيفه العميد محيو[3]يطرح السؤال عن مدى قانونيتها فهل هي قابلة للتطبيق والتفسير،وهل تصلح كمصدر للقاعدة القانونية،وخاصة في القانون العام والاداري على وجه الخصوص.

إنّ ما يمكن تأكيده هو اشتمال دستور 1976على مجموعة مواد تتعلق بالإدارة من حيثمبادئ تنظمها أو من حيث أهدافها ووسائلها.

فابتداء فإنّ«الجزائر جمهورية...،وهي وحدة لا تتجزأ» (المادة الأولى من الدستور)مكرسا لمبدأ وحدة الدولة المنصوص عليه في مواثيق البلدية والولاية والذي يؤكده في المادة 35عندما يقرر أن: «(...) سياسة اللامركزية» تتم: «داخل إطار وحدة الدولة».

وقد كرس مبدأ اللامركزية بشكل قوي وكثيف،حيث أنّه دستر للتصور الذي جاء في مواثيق وقوانين البلدية والولاية،فالمادة 34تنص على أنّه: «يستند تنظيم الدولة الى مبدأ اللامركزية القائم على ديمقراطية المؤسسات والمشاركة الفعلية للجماهير الشعبية في تسيير الشؤون العمومية».

---

[1] المواثيق الأساسية والاوامر المتعلقة بـ:
- قانون البلدية أمر رقم 67-24.
- قانون الولاية أمر رقم 67-34.
- التسيير الاشتراكي للمؤسسات، الأمر 71-74.
- للثورة الزراعية، الأمر 71-73.

[2]brahimi,

[3]mahiou,op,c.t.p 438- des principes géneraux de droit sicialiste

ولم يكتفي المؤسس الدستوري بتقرير المبدأ بل حدد مضمونه في المادة 35 بأن نص على أن:" تعتمد سياسة اللامركزية على توزيع الصلاحيات والمهام حسب تقسيم منطقي للمسؤولية داخل إطار وحدة الدولة "

فهو بذلك في "توزيع الصلاحيات والمهام" وكذا "تقاسم المسؤولية" فهو بذلك يتناول كل الأثار القانونية،ويؤكد على مبدأ مشاركة في المهام الاقتصادية،ويؤكد على مبدأ المشاركة السياسة والذي هو،في الحقيقة ترجمة للمادة 2/36 التي تعتبر البلدية هي المجموعة الإقليمية السياسية والادارية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية في القاعدة".

بل أنّ المؤسس الدستوري أضاف أمراهما وهو مبدأ الاستقلالية " المالية" (بتعبير حديث)عندما،نص على أنّ: «تستهدف سياسة اللامركزية منح المجموعات الإقليمية الوسائل البشرية والمالية والمسؤوليات التي تؤهلها للقيام بنفسها بمهام تنمية المنطقة التابعة لها كجهود مكمل لها تقوم به الأمة».

والحقيقة ان ذلك يعد دسترة "مبكرة" لمفهوم الاستقلالية للجماعات الإقليمية مقارنة بالتجارب المقارنة حتى تمّ دسترة مبدأ "الاستقلالية المالية" للجماعات الإقليمية الفرنسية بواسطة التعديل الدستوري 2003 في عهد حكومة رافارانRaffarin، والتي صدر على أساسها قانون عضوي أقر قرار المجل الدستوري بدستوريته[1]، تماشيا مع مسلسل الأوربة وتأثرا بالتجارب الناجحة[2].

والحقيقة، فإن المؤسس بهذه الأحكام قد حدد مفهوم اللامركزية بعناصرها لما يعتبر تعريفا دستوريا لها، وهو بذلك يسهم في تأطيرها ذلك، تعريفا للتنمية المحلية لما يعد أمر مفاجأ، وقد يكون بالنسبة للبعض، أمر غريبا، فهو عندما ينص في المادة 2/35، على انّ: هدف «اللامركزية منح المجموعات الاقليمية الوسائل البشرية والمالية،والمسؤوليات» هو تأهيلها «للقيام بنفسها بمهام تنمية المنطقة التابعة لها (...)».

فهو يقيم الصلة بين الوسيلة والهدف فتصبح اللامركزية والتنمية المحلية زوجا متجانسا ومترابطا،وليعطي بعديا اقتصاديا للامركزية يضاف الى البعد السياسي الديمقراطي(مبدأ المشاركة الشعبية عن طريق المجالس المنتخبة)الذي تجسد في المادة 07عندما اعتبرت أن : «المجلس الشعبي هو المؤسسة القاعدية للدولة والاطار الذي يتم فيه التعبير عن الادارة الشعبية وتحقق فيه الديمقراطية» (المادة

[1]D.C.N°2004-500, autonomie financière des collectivités territoriales in: G.D.D.C.
[2]Dossier: "autonomie financière des collectivités locales en europe", R.F.F.P. N°121, Fév. 2013.

07/الفقرة الأولى)،فهو،حسب صياغة الفقرة الثانية من نفس المادة : «القاعدة الأساسية اللامركزية ولمساهمة الجماهير الشعبية في تسير الشؤون العمومية على جميع المستويات».

وقد أورد المؤسس الدستوري كثيرا من المواد المتعلقة بالإدارة من حيث مبادئ الاختصاص وتلك المتعلقة بالمضمون.

فهو قد منح السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية (المادة) وأخضعها لرقابة الشرعية من قبل لمجلس الأعلى (المادة 178)،حيث يكون بذلك قد كرس مبدأ الشرعية ووضع له الضمانة القضائية.

وقد حدد،بطريقة غير مباشرة الأشخاص القانونية العامة في المادة 190عندما حدد مجال رقابة مجلس المحاسبة على نفقات: «الدولة والحزب والمجموعات المحلية والجهوية (...)».

وقد قرر لها بعض الامتيازات كامتياز نزع الملكية (المادة 17)وبعض الوسائل كامتلاك أملاك.

وقد وضع لها أهدافا ورتب على عاتقها التزامات وأخصها ببعض المبادئ، ف: «الدولة ديمقراطية في أهدافها وفي تسيرها» (المادة 27)،وهي تقوم: «على أساس مبادئ التنظيم الاشتراكي» (المادة 28).

وأمّا الالتزامات الواقعة عليها والتي يمكن تصنيفها في دائرة النظام العام (الضبط الاداري) والتي تعتبر التزامات "سلبية "والمتمثلة في حماية الحريات،فمن الحريات،فمن المقررة (المواد من 45الى 57)المتعلقة بحرية المعتقد وحرية الرأي (المادة 53)وحرية الابتكار (المادة 56)،وحق التنقل (المادة 57).وأمّا الالتزامات ذات الطابع الايجابي والتي يجب على الدولة القيام بها تتمثل في أنّ:" لكل مواطن الحق في التعليم "(المادة 66)والحق في الرعاية الصحية (المادة 67)،إضافة ما يمكن نصفه في إطار مرفق الحماية الاجتماعية كحماية الأمومة،والطفولة،والشبيبة والشيخوخة (المادة 2/65).

وأمّا تعلق بالمبادئ فيمكن ذكر أهمهم وهو ما تعلق بمبدأ المساواة ف: «كل المواطنين متساوين في الحقوق والواجبات» (المادة 2/39)سواء في الالتحاق بالوظائف العامة (المادة 44)،أو أمام الضريبة (المادة 1/78)وفي المساواة بين الرجل والمرأة (المادة 3/39)،ف: "القانونواحدبالنسبةللجميع،أنيحميأويكرهأويعاقب» (المادة 40).

إنّ هذا الزخم من الدسترة الذي نالته المادة الادارية لم يفعل ولم يؤثر على نمط التفكير القانوني لدى الدارسين،لا عند المتقاضين،فلم يكن هناك محاولة لإقامة الصلة بين القانون الاداري والدستور،على غرار الحال القانوني في النظام الفرنسي،الذي يعد نموذج الاستلهام والمحاكاةرغم حدود

ذلك[1].وقد تطرق الأستاذ محيو والى الأسس الدستورية للقانون الاداري[2]، وقد حاول الأستاذين DuboisوEtien،رصد تأثير الدستور الفرنسي في دستور نوفمبر 1976[3]،الذي تراوح بين "المحاكاة"[4]و"النقل" و"النقل مع التغيير"[5] ليلخص الى أنّه:" تم الأخذ بالقانون الفرنسي ولكن بتعديله وتكيفه،ليصبح قانونا مستقلا "[6] وخاصة عبر تأكيدهم لملاحظة هامة وهي: التقنيات المستعارة من دستور 1958 "تظهر أنها تدعم وحدة الدولة والسلطة التنفيذية..."[7].

ورغم ذلك،فإن القضاء الجزائري (الاداري خصوصا)لم يتأثر بهذا التأثير فلم يحاول ربط اجتهاده أي خلقه للمبادئ العامة للقانون بالدستور ولا بالمواد المتعلقة بالحقوق والحريات،ولا تلك المتعلقة بالاختصاص(أي اختصاصات السلطة التنفيذية وتوزيع اختصاصها).

فلا نجد في الاجتهاد الاداري ما يحيل الى ديباجة الدستور كما فعل القاضي الفرنسي.

والحقيقة،أنّ تأثير الدستور على الاجتهاد قد انحصر فيما ذكرناه سابقا،فيبدو تأثير شبه منعدم بهذا المعنى.

ورغم ذلك،فإن تراكم المواد المتعلقة بالإدارة كان معتبرا،فإضافة الى ما ذكرناه،فإن كل ما تعلق بعناصر القانون الاداري الخاص(كفصل بيداغوجي)،خاصة ما تعلق بالأملاك الوطنية (والوظيف العمومي والمالية العامة...).

إلا أنّ القيد الأساسي الوارد على دسترة القانون الاداري هو التصور الاشتراكي للقانون،وقد كان دستور نوفمبر 1976هو التجسيد الدستوري لذلك التصور.وقد كنا أشرنا[8]إلى أنه (أي دستور 1976)جاء كدسترة القوانين ذات التوجه الاشتراكي وتكريسا للمكتسبات الثورية وما أحدثته من تأثير على الادارة،سواء ما تعلق بالثورة الزراعية[9]وبالمؤسسة الاشتراكية[1] وبالأعوان العمومين[2]والأملاك الوطنية[3].

---

[1]Mahiou (Ahmed), rupture ou continuité du droit en Algérie,études du droit public,O.P.U. 1984.

[2] أحمد محيو ، قانون المؤسسات الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية.

[3]Dubois Jean Michel, et RobertEtien,l'influence de la constitution française de 1958 sur la constitution algérienne de novembre 1976, R.A.S.J.E.P, 1978.

[4]Op.cit. P.489

[5]op.cit. 496

[6]« …..le droit français est repris mais modifié et adapté,il devientun droit autonome »p 509

[7]« ……lorsqu'elles paraissent renforcer l'unité de l'Etat et le pouvoir exécutif…… »p 50

[8] الفقرة ....

[9]Mahiou Ahmed, l'impact de la, révolution agraire sur les institutions administratives en Algerian : « études de droit public », O.P.U.1984, p.157.

فهذا التصور الاشتراكي المجسد في تلك النصوص المشار إليها ينكر التقسيم بين القانون العام والقانون وبالتالي فانه ذلك انعكس على مفاهيم الادارة ودورها،وعلى مفهوم المرفق العام وكذا مفهوم الموظف والملك العمومي والمالية.

فالنسبة الى مفهوم الادارة،فقد رأى الأستاذ محيو أنّ المفهوم الذي تداوله رجال القانون: «يظهر غلبة النموذج الكلاسيكي والليبرالي الذي يميز بين دوائر النشاط الاقتصادي والإداري»[4][*]، فهو يرى أن الواقع (واقع الوصاية[5]والاحتكارات)يشكل في التمييز الجامديين الهيئات الادارية والمؤسسات.

وتنصرف تلك الملاحظة على مفهوم المرفق العام حيث يرى الأستاذ **بوسماح** حلول الاشتراكية محل المرفق العام[6].

وقد امتدت الأثار الى جميع عناصر النظام القانوني للإدارة،فالموظف العام أعتبر عاملا،بما جعل الأستاذ براهيمي-رحمه الله- يعلق بأننا بصدد "موظفين بدون وظيف عمومي"وكذلك الأمر، بالنسبة للأملاك الوطنية فقد سقط التمييز الكلاسيكي بين الدومين العام والخاص.

والحقيقة،أن الدسترة الصريحة لنظام اشتراكي أعدم المفاهيم القانونية الكلاسيكية،فنحن بصدد نظام عماده: "العمال والفلاحين والمثقفين الثوريين" وليس المواطنين المنعزلين.

فالضمانات المقدمة هي تلك القائمة على فكرة المساواة الفعلية والمشاركة أساسا وتبدوا الضمانة القضائية هامشية من هذه المنظور.

فالمساواة من المنظور الدستوري:تكون: «بإزالة العقبات ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي التي تحد في الواقع من المساواة بين المواطنين،...،وتحول دون المشاركة الفعلية لكل المواطنين في التنظيم السياسي، والاقتصادي،والاجتماعي،والثقافي» (المادة 41)وذلك عن طريق المجالس المنتخبة ومن مجالس العمال في إطار الاشتراكي.

---

[1]Boussoumah (Med) :l’entreprise socialiste en Algérie .OP.U.1982.
[2]Brahimi (Med) :S.G.T, Fonctionnaires sans fonction publique, O.P.U. 1982.
[3]Rahmani (Ahmed), le droit des liens, les éditions internationales, 1996.
[4]Mahiou Ahmed, administration et développement, i : «études de droit public algérien »
[*] « … ils révèlent la prégnance ce du modèle classique et libéral qui distingue les deux sphères d’activités économique et administrative »
[5]Araba :latutelle sur les entreprise socialiste :l’exemple la sonatiba,1975
[6]Boussoumah, essai sur la notion juridique du service public R.A.S .J.E.P.1992,N=°1

وهكذا،فإنّه ينجز على هذا الإطار الدستوري تقليل من شأن الضمانة القضائية رغم تأسيسها دستوريا وقد أدى ذلك الى انعدام أي اثارة من قبل المنقاضين لأي وسيلة قانونية تستند على أحكام الدستور.

إنّ تبني الدسترة بمقتضياتها الليبيرالية مع صدور دستور فبراير1989 أحدث قطيعة في التصور،حيث انتقالها الى نظام قائم على الانطلاق من مسلمات التميز بين ماهو مجال عام وماهو مجال خاص ليبعث المواطن الفرد (citoyen-individu)،بدل المواطن – العامل والمواطن – المناضل.إن الدسترةالقائمة على الفصل بين السلطات وضمانة الحريات قد أعادت طرح الأسئلة حول مكانةالقانون الادارية القضاء الإداري.

والحقيقية أن تأسيس الرقابة الدستورية بموجبدستر فبراير 1989كان له الأثر الكبير حيث أسهمت قرارات وأراء المجلس الدستوري في دسترة هامة للقانون الاداري.

لم تطرح مسألة المبادئ العامة للقانون في شكل مباشر أو غير مباشر،فلم تثر كإشكالية من حيث هي مصدر للشرعية الادارية وكذا مكانتها في الهرمية التي أقامها اعتماد دستور 1976.

والحقيقة،أنّنا لاحظنا أن الأوامر ذات الطبيعة التشريعية والأعمال ذات الطبعة التنظيمية قد شكلت الى جانب الاجتهاد القضائي مصدرين للشرعية الادارية المنبثقة اجتهاد الغرفة الادارية للمحكمة العليا.

فهذه الاشكالية قد شكلت موضوعا غنيا للبحوث القانونية في فرنسا[1]،مما يدفعنا للتساؤل عن مكانتها في الدستور 1976.

فقد لاحظ الأستاذ محيو أنّ دستور 10سبتمبر1963قد وضعها في مكانة ضيقة[2] فيذكرالأحكام المتعلقة بالمساواة في الحقوق والواجبات (المادة 12)والتعليم للجميع (المادة 18)،وحق الدفاع (المادة 62).وقد صفها العميد محي والى كلاسيكية (كمبادئ الشرعية ومبدأ حقوق الدفاع ومبدأ المساواة)ومبادئ عامة للقانون الاشتراكي (القضاء على استغلال الانسان،توزيع الدخل الوطني بعدالة).

الحقيقة أن تلك المبادئ العامة للقانون المنبثقة من اجتهاد الغرفة الادارية للمحكمة العليا كثيرة[3]،منها ما تعلق بمبدأ حق الدفاع التي كر منها في قرارات مثل قرار الغرفة الادارية للمجلس الأعلى

---

[1]Mescheriakof, « la notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente».A.J.D.A.P.996

[2]Mahiou Ahmed,les principes généraux du droit la constitution R.A.S.J.E.P1976,P 430.

[3] بعضها منشور في حوليات العدالة 1966-1967

بتاريخ 2ديسمبر 1966،كذا قرار طالبي ضد وزارة العدل 1977الذي أعتبر حق الدفاع من النظام العام[1]،وكذا مبدأ المساواة،وقد كانت النصوص ذات الطابع التشريعي التي جاءت بعد تاريخ هذه الاجتهادات مكرسة لها تشريعيا مما دعمها وجعل من حمايتها من كل تراجع قضائي أمرا مطلوبا وقد كان هذا مسارا ترقية أسرع بدسترتها.

إنّ دسترة المبادئ العامة للقانون التي نلاحظها في الدستور تؤكد مكانتها كمصدر للشرعية الإدارية وكسب من أسباب الرقابة القضائية،وهي ترقية ترتب أثار مهمة.

إن هذه الدسترة للمبادئ العامة للقانون قد صاحبها في دستور نوفمبر1976دسترة رقابة الشرعية حيث: "ينظر المجلس الأعلى في قضايا الطعن في النصوص التنظيمية" (المادة 178)، والتي تعتبر تأسيسا دستوريا مبكرا للقانون الإداري.

فرغم غياب الرقابة الدستورية التي تجعل من رقابة توزيع الاختصاص بين القانون والتنظيم أمر نظريا،والتي قد يؤدي الى تمدد اختصاص سلطة الى ميدان اختصاص سلطة أخرى، وهو ما يمكن ملاحظته في الجزائر،عندما اعتبر الأستاذ بوعاره[2]، أن اختصاصات المجلس الشعبي الوطني غير محددة في مجالات الاقتصاد والمالية عكس ما استقر عليه كثير من تعليقات الفقه[3]والتي أعتبر امر ينصرف الى النظام القانوني الجزائري.

لقد تنبه الأستاذ محيو وإن وجود رقابة قضائية على التنظيمات المستقلة التي جاء بها دستور 1976 والتي يحكم عدم خضوعها للقانون يؤدي كما قال: «تحسم المادة 178 مسالة هامة: الامكانية المعترف بها للمتقاضين أمام قاضي الشرعية بالنسبة لكل القرارات، بما فيها تلمك التي يهدف النص التشريعي ابعادها عن أي طعن ضدها»[4].

إننا أمام نتيجتين هما:الترقية الدستورية لهذه المبادئ العامة للقانون،وثانهما هو اعتبار الدستور مكونا من مكونات "طائفة الشرعية". ورغم ذلك،فلم يتجزأ أي مدافع قضائي عن إثارة وسيلة قانونية بالاعتماد على أساس دستوري.

[1]note Brahimi (Med) sous C.S(ch.adm), Talbi/c minestre de la justice, R.A.S.J.E.P. 1978.
[2]Duhamel ( ),loi et règlement.
[3]Bouara (MedTahar),les compétences économique et finnancieres de L.A.P.N. Mémoire de magister :administration et finances faculté de droit –ALGER-1986
[4]Mahiou, constitution et P.G.D. op.cit. p.74.

لقد كان قرار S.A.I.D مثالا جيدالتأثير الدسترة حيث أنّه صدر في 1977أي في ظل دستور 1976.

نلاحظ من ذلك أنّ دستور1963 و1976ينهلان من معين سياسي وايديولوجي واحد وهو الاشتراكية،فالاستلهام متقارب وان كان دستور 1976أكثر كثافة وأكثر وضوحا من حيث النص وروحة وكذا من حيث الشكل والمضمون.

إن أهم نتيجة هو تأثر القاضي بالدسترة فهو يبدو المحرك الأساسي لذلك،بالنظر للتحولات الحاصلة في النموذج الفرنسي[1]وفي العالم والتي تجعلنا نتجاور مسألة "استثناء الدستورية"ويجعل حتى العائق القانوني شفاف.

في الواقع،فإن الاجتهادات القضائية المعروفة[2]لا تظهر استعمال الأحكام الدستورية من قبل المحامين، ولا من قبل القضاة.

ويمكن تفسر هذا السلوك بالثقافة القانونية السائدة التي تعتبر الدستور عبارة عن وثيقة ايديولوجية لا تملك بعدا قانونيا ولا مضمونا معياريا ففي أحسن الأحوال تعتبر أهدافا ومطامح وغايات.وأما بالنسبة للقضاة،فإنّاعتبار أنّ القاضي:"لا يخضع ..... إلا للقانون" جعله مقيدا ومكيلا بشكلية القانون.

والحقيقة أن مهمة القضاء التي تبدو مزدوجة إن لم نقل متناقصة تسمح له باستعمال الدستور كأساس لأحكامها فهذه المهمة بعنصرين،فمن جهة فهو: «يضمن (...) للجميع،ولكل واحد،المحافظة المشروعية على حرياتهم وحقوقهم الأساسية» (المادة 164)،ومن جهة أخرى فهو: «يساهم (...) في الدفاع عن مكتسبات الثورية الاشتراكية وحماية مصالحها» (المادة 166)،قد وضعت له مهمة دستورية تتحاور مفهوم الاختصاص القضائي.

يمكن القول أن الدستور قد وضع القاضي في قلب المتطلبات الدستورية بتلك الأحكام المذكورة أعلاه بعيدا عن فكرة المحكم الاستثنائية[3]والحقيقة أننا لم نجد أحكاما قضائية يثير ذلك،باستثناء قرار سمياك[4]الذي يذكر لتأسيس اختصاصه حيثيةتحيل الى مفهوم "مهام السلطة الثورية" في اطار معركة الانتاج والانتاجية ويظهر ذلك من أخذ القاضي بعين الاعتبار لمهمته الدستورية المتمثلة في: «(...) الدفاع عن الثورة الاشتراكية وحمايتهما». لقد رتب القاضي الاداري واستنتج عدة نتائج من حيث تقرير

[1]La question prioritaire de constitutionnalité

[2] المنشورة وغير المنشورة

[3]Laggoune Walid, les tribunaux d'exception, mémoire DES

[4]Note Mahiou (Ahmed)sous C.S(ch.adm),S.N.sempac C/L'O.A.I.C.R.A.S.J.E.P 1981, N=°2.

اختصاصه والتي اقتضت منه تكييف عمل مؤسسة غير إدارية(منشور سمباك)بأنه عمل إداري على اعتبار أنه:«تطبيقاللأهداف المسطرة من السلطة الثوريةفي معركة الإنتاج والإنتاجية (...)»

يستنتج أنّ القاضي قرر معيارا لاختصاصه بالاستناد الى مهمته الدستورية.

نستخلص أنّ دستور نوفمبر 1976، أدى طائفة الشرعية بمصدرين هما:المبادئ العامة للقانون "ذات الطبعة الدستورية"،وبدسترته للسلطة التنظيمية المستقلة.

تظهر لنا ظاهرة الدسترة "في الفترة ما قبل دستور فبراير 1989حقيقته،بما يظهر أن صلة القانون الاداري بالدستور صلة قائمة من الناحية الفكرية فإن النظرية ومن الناحية القانونية وقياسا على فرنسا الأستاذ Bigot[1]كتب عنوانا مضمونه أن مسألة الأسس الدستورية للقانون الاداري ليس مسألة حديثة[2]أنّها كانت قائمة في ظل الدستور الفرنسي لـ 1875(الجمهورية الثالثة)رغم غياب الرقابة الدستورية،وهو يبدو كذلك في الجزائر حيث أن الصلة كانت موجودة وقد حاول الأستاذ إثباتها[3]كما سبق الاشارة الى ذلك.

وقد إنفتحت مرحلة جديدة من الدسترة مع تبني دستور 23فبراير 1989الذي أعتبر دستور قانون خلافالدستور نوفمبر 1976الذي أعتبر دستور برنامج ليدشن تحولا في المسلمات الدستورية تكريس دولة القانون التي كان من أهم مكوناتها إقامة الرقابة الدستورية.وقد أسهم الاجتهاد الدستوري في دسترة القانون الاداري على أسس جديدة (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: ما بعد فبراير 1989: "دسترة متعاظمة"

أسهم دستور 23فبراير 1989في إحداث قطيعة أحدثت أثرا بالغا في القانون الاداري،حيث أن دستور 23فبراير بتأسيسه للرقابة الدستورية تؤثر في مجال القانون الاداري يشكل "مبكرا"(الفقرة الأولى)،وليحدث التعديل الدستوري لنوفمبر 1996دسترة " كثيفة" للمادة الادارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:دستور 1989 تأسيس الطائفة الدستورية

لم نسجل تراكما للمعايير الدستورية المتعلقة بالقانون الاداري يضاهي تلك التي تضمنها دستور نوفمبر 1976،(1)فاجتهادات المجلس الدستوري أسست للقانون الاداري في أفقه الجديدة بتأسيسها لطائفة الدستورية (2).

[1]Bigot cregoire, Op.cit
[2]le titre: « l'inactualité des bases constitutionnelles du droit administratif »,P223
[3]mahiou, Op.Cit, p

(1) فإننا نلاحظ أن المؤسس الدستوري "الاصلاحي"قد قلص من عدد الأحكام المتعلقة بالإدارة عموما باستثناء الأحكام الخاصة باختصاصات السلطة التنفيذية وبعض المبادئفالدستور الذي جاء تتويجا وامتدادا للإصلاحات التي مست القطاع الاقتصادي للعموميوالتي قلبت المسلمات وأخفت الرهانات[1]،أرادتمن خلاله الكتلة الاصلاحية الحد من السلطة الادارية عبر التقليص من سلطة السلطة التنفيذية،وكان ذلك عبر إسقاط الأوامر الرئاسة أساسا.

وقد انصب مجهوده على "إسقاط" الأحكام المتعلقة بالقانون الاشتراكي واستبدالها بالمفاهيم الليبرالية،مما أدى الى محو كثير من الأحكام المتعلقة بالإدارة، فقد تعرض ميدان اللامركزية لأكبر تقليص من حيث المضمون الذي سبق لنا ذكره[2]قد تم الاكتفاء بمادتين (المواد:15و16)الى جانب المادة الأولى التي تؤكد وحدة الدولة.

وقد حاول المؤسس الدستوري تغيير حتى المصطلحات للتخلص من "الارث الاشتراكي"،وتعويضها باصطلاحات جديدة تضفي طابع الديمقراطية وتستبعد كل إحالة الى قانون يراد تجاوزه فهو قد استبدال مثلا صياغة المادة 27من دستور نوفمبر 1976 التي كانت تنص أن:"الدولة ديمقراطية في أهدافها وفي تسييرها" بنص المادة 1/14من دستور 1989التي نصت أن:"تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية".

وقد ركزمضمون دستور1989على المضامين الجديدة التي تعتبر الرهان الأساسي في تغيير أسس النظام كالمادة المتعلقة بالأملاك الوطنية والتي تعد من العناصر الأساسية في تحديد مجال الادارة ومضمون مهامها.

إن إثارة التصور الجديد القائم على أولوية الفرد على الدولة لم يترتب كل أثارها في النصالجديد.فقد أعاد التأكيد على نفس المبادئ من عدم التعسف في استعمال السلطة (المادة 22)وعلى المساواة (المادة28)التي تجسده المؤسسات وتضمنه (المادة30)سواء في تقلد الوظائف (المادة48)والانتخاب (المادة47)،وفي الرعاية الصحية (المادة 51)وفي التعليم (المادة50)،وكذا ما تعلق بالامتيازات كالنص امتياز الادارة بنزع الملكية (المادة20).

---

[1]Brahimi(Med),op.cit.
[2]Allouche(Anissa)laggoune,OP.Cit,

إن ما يمكن ذكره من الضمانات:هو رقابة الشرعية حيث:" ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات العمومية"(المادة134)وهو ما قد كان أمرا مكتسبا في المقابل ظهرت بوادر بعض الدسترة من خلال بعض قرارات القضاء الاداري،ويمكن ذكر قرارين سبقالنا ذكرهما.

فأمّا القرار الأول[1]فيتعلق بقضية (ح.م)ضد رئيس بلدية الشراقة الصادرين بتاريخ 1994/07/24.ففي هذه القضية فإن المستأنف طلب طلبا احتياطيا بإلزام القاضي الادارة وإجبارها على تعويضه بقطعة أرضية التي سبقها وأن منحت له (حيث أنه أدخلت في إطار مشروع منفعة عامة).

لقد رد القاضي على ذلك الطلب بالحيثية التالية:"حيث أن القاضي الاداري وطبقا لمبدأ الفصل بين السلطات،لا يمكنه إجبار الادارة على تعويض المستأنف بقطعة أرضية أخرى عندما ترفض هذه الأخيرة هذا الحل الجديد الذي لا يوجد في بنود العقد الأصلي.

إن قضاة الدرجة الأولى أصابوا حين رفضوا الطلب الاحتياطي بسبب انه لا يمكن للقاضي الاداري أن يأمر الادارة "

يعد هذا القرار مثالا لأخذ القاضي بالدستور مما يظهر التأثير الذي أحدثه لدى القضاة،وخاصة القاضي الاداري،والذي أسس لقاعدة اجتهادية وهي عدم جواز توجيه الأوامر للإدارة من قبل القاضي.

وأمّا المثال الأخر فهو قرار عثمان محمد الذي سبق،وإن تناولناه في الباب الأول[2]عندما أخذ القاضي الاداري بعين الاعتبار التغيير الدستوري وأعتبر أنّنا بصدد انتقال من نظام دستوري الى نظام دستوري جديد يقوم على أسس مختلفة.

فهذا يظهر تلك الدسترة الزاحفة ويظهر مدى تأثر القاضي الاداري بالمعايير الدستورية عموما.

فلم يعد خطاب الدسترة رهانا سياسيا،بالنسبة للفاعلين السياسيين،بل امتد الى المجتمع منخلال الأفراد واندماجهم في المنطق الدستوري الجديد.فالطاعن في هذا القرار طعن في شرعية قرار خارج الآجال القانونية مما يبرر مدى الأخذ بالدستور.

إنّنا نلاحظ أنه،رغم قلة تراكم الأحكام الدستورية المتعلقة بالإدارة قد تأثر بالدستور،وان كان بشكل ضئيل،ولكن الأثار من الناحية القانونية تعد كبيرة،فإن ذلك يعد تدشينا لمرحلة دسترة جديدة تتعلق بانتشار

---

[1] قضية (ح.م) ضد رئيس بلدية الشراقة بتاريخ 1994/07/24المنشور في المجلة القضائية العدد: 02 سنة 1995.
[2] أنظر الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الأول.

المعايير الدستورية وكما كتب الأستاذ Favoreuفإن مسار الدسترة يمر بمرحلتين:مرحلةالتراكم ومرحلة الانتشار [1].

ويعد ذلك الانتشار ضئيلا،في الحقيقة،فهو غير معروف ولم يثر كثيرا في أوساط القضاة والمتقاضين.ولكن الامكانية المفتوحة والذي قدمها اجتهاد الغرفة الادارية المحكمة العليا تبين أن الاستعمال المباشر للمعايير الدستورية ممكن،وأن الأمر يمكن أن ينصرف الى باقي الأحكام الدستورية الأخرى.

يظهر ذلك أن الدستور قد اكتسب طابعه المعياري،فهو أصبح قاعدة قانونية،وأنه أصبح مصدرا شكليا،فلم يعد مجرد أساسا وفقط فلم يعد مجرد نص سياسي فهو قد "بعث"[2]بعد أن كان يحسن على هامش الحياة القانونية[3].

والحقيقة أنّ الدراسات القانونية حول القانون الاداري لم ترصد هذه المظاهر الضئيلة من التأثير بالتضرر الدستوري أو بأحكامها فقد كتب الأستاذBabadji[4] عن القانون الاداري قبيل التعديل الدستوري لـ 1989مما لم يسمح له بالحكم على التطورات اللاحقة.

والحقيقة أنّ التعديل الدستوري لـ 23فيفري 1989أحدث قطيعة على مستوى تصور السلطة والمجتمع ككل[5]والذي يعد امتداد منطقيا لإصلاحات جانفي 1988[6].لقد كانت أول الأثار ما تعلق بالملكية العامة بدل التصور القائم[7]،حيث نصت المادة 18،يعد تعداد المادة 175للأملاك الدستورية،على أنّ: «الأملاك الوطنية (...)،تتكون من الأملاك العمومية والأملاك الخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية،والبلدية».

يبين مضمون المادة تصورا جديد للملكية العامة وخاصة،ما يترتب عنها من أثار على الادارة من حيث وظيفتها،وإخراجها من ريقة التصور الاشتراكي.والحقيقة،فإن ذلك يعد أهم تعديل يمس النظام القانوني للإدارة،الذي يمس مجالها ونظامها القانوني،ويعد ذلك إيذانا بتحوّل مسلمات الدستورية للقانون الاداري.

---

[1]L .Favoreu,la constitutionnalisation du droit in : « les mélanges en hommage à roland drago, «l'unité du droit»,paris ,Economica 1996,p.22et »

[2]Dominique Rousseau,la constitution :la ressurection,……

[3]G.Burdeau, la constitution : « une surrivance »

[4]Ramdane babadji,le droit administratif en Algérie :mutations et évolutions,thése pour le doctora d'état,sous la direction de Gérand timsit 1989

[5]Allouche (nssa),Laggoune (Walid), op.cit.

[6]Brahimi (med), op.cit.

[7]Rahmani (Ahmed), la nouvelle conception.

(2) ولكن الإسهام الحاسم في هذه المرحلة من مسار الدسترة كان نتيجة الاجتهاد المجلس الدستوري،وقد جاء في دفق واحد وفي سنة واحدة هي 1989 في شهر أوت،فهو اجتهاد "مبكر".

إنّ مايمكن ملاحظته في أراء وقرارات المجلس الدستوري الأولى أنها تناولت مواضيع الدسترة بشقيها ما تعلق باختصاصات السلطات العمومية وكذا ما تعلق بالحقوق والحريات.

فالقرار رقم 1المتعلق بقانون الانتخاباتجاء لتأكيد مبدأ المساواة (الأمر يتعلق بالمساواة في القابلية للترشح دون اشتراط الجنسية الأصلية من المترشح وزوجه التي كان اشتراطها المشرع)،والذي أكده وقرر المجلس في قرار رقم 01بتاريخ 06 غشت سنة 1995[1]أن:"يثبت قرار المجلس الدستوري رقم 1-ق ق-م د 89في نقطته الرابعة، (...)".

وأمّا تعلق بالإدارة فقد انصبت الدسترة على ميدانين:دسترة مجال الادارة[2]،وإنشاء الطائفة الدستورية.

فقد أسهم القرار الأول في خلق"الطائفة الدستورية"[3] حيث أنه أدرج القوانين[4]والمعاهدات ضمن الطائفة بشكل صريح ورتب نتائجها لما سيكون له الأثر الهام في الدسترة.فلقد اعتبر في حيثية أنه:"ونظرا لكون الأمر رقم 70-86المؤرخ في 17 شوال عام 1380 الموافق 15ديسمبر سنة 1970والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية"،وهوبذلك قد فتح الباب لأن تعتبر القوانين جزء من الطائفة الدستورية،وهو ما يعد دسترةكثيفة.

والحقيقة أن هذه الدسترة المتميزة التي أقرها المجلس الدستوري أثارت تعاليق كثيرهنظرا لأنها جات مخالفة لما جرى في انظمة قانونية متشابهة كالنظام الفرنسي،فلم يعرف عنه المجلس الدستوري دسترة مباشرة للقانون،وإنّ كانت،حسب رأي موجودة،ولكن بطريقة غير مباشرة في أسماهالمجلس الدستوري الفرنسي "المبادئ الأساسية المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية"[5].

يعد ذلك ترقية للقوانين السابقة على صدوره بما يعد دسترة ممكنه لكثير من القوانين التي لا تتعارض مع الدستور.

---

[1] قرار رقم 01-ق.أ-م د-95 مؤرخ في 9ربيع الأول عام 1416 الموافق 6 غشت سنة 1995 يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من القانون الانتخابات للمجلس الدستوري. لم يشر الى سنة النشر.

[2] العودة الى الباب الأول

[3]Yelles Chaouche Bachir

[4]yelles chaouche bachir, P.

[5] Génevois Bruno, une catégorie de principes de valeurs constitutionnelles: les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, R.F.D.A. 1989. P.477.

والحقيقة أنّنا نرى هذه الترقية الدستورية مشروطة طبعا بدستورية المضمون،وهو ما نستنتجه من القرار ومن حيثيته.

حيث أنّ المجلس يعد ما ذكر بمضمون قانون الجنسية الذي حسبه: «قد حدد شروط الحصول عليها واسقاطها وبين على الخصوص بدقة آثار الحصول على الجنسية الجزائرية وأقر حقوقا كان من أخصها حق تقلد مهمة انتخابية بعد خمس سنوات من الحصول على الجنسية الجزائرية، (...)» عاد وذكر في الحيثية التي تليها بأنّه: «ونظرا لكون المادة 28من الدستور،تقر مبدأتساوي المواطنين أمام القانون دون إمكانية التذرع بأي تمييز يعود سببه الى المولد او العرق،أو الجنس،أو الرأي،أو أي شرط أو ظرف،شخصي أو اجتماعي "فذلك يؤسس لعملية إدماج أي قانون يحترم ويقر المبادئ الدستورية .وقد كان الأستاذ يلس شاوشيرى ان الأمر: «(...) أنّ المجلس الدستوري يبحث عن حماية حق أساسي (مساواة بين المواطنين، وليس نصّا تشريعي، وهو ما يستشف من الصيغة المستعملة من قبل المجلس...) فالمجلس يتوجه الى معيار معيّن وليس الى النص في مجمله»[1].

وقد أوجد الدستور آلية مبتكرة لدعم الدسترة هو إقامته للرقابة الدستورية على القوانين الصادرة بخلاف النظام الفرنسي[2]عندما قرر أن:"يفصل المجلس الدستوري (...) في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات،إما برأي قبل ان تصبح واجبة التنفيذ،أو بقرار في الحالة العكسية" (المادة 155).

والحقيقة،أن القرار رقم 2[3]المتعلق بالقانون الأساسي للنائب هو الذي كان له الأثر الكبير في تعريف الادارة وتعريف امتيازات السلطة العامة في حيثياته،حيث أنّ تفسيره الذي كان حرا والذي لم يستند الى مواد محددة من الدستور ،فرض تعريفا دستوريا للإدارة والقانون الاداري.

فبهذه الآلية يمكن تفادي الصعوبات والتعقيدات التي واجهت المجلس الدستوري الفرنسي فيما يتعلق بالقوانين الصادرة وبالقوانين السابقة فقد كان ذلك للتفسير يستند الى مبدأ الفصل بين السلطات الذي أقره المجلس في أول رأي[4] فقد ذكر في حيثيته أنه: "نظرا لكون محرر الدستور، أقام مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره عنصرا أساسيا في تنظيم السلطات العمومية، (...)"، والذي رتب له نتيجة أو أثر أول عندما ذكر في الفقرة الثانية من نفس الحيثية أنه: «ونظرا لكون مثل هذا الاختيار يترتب عليه أن كل سلطة لها صلاحية تنظيم عملها الداخلي وضبطه، (...)»

[1]Yelles Chaouche, op.cit. p.82.

[2] سبق الاشارة اليه

[3] رأي رقم 1-ر ق-م – 1989

[4]Le principe de la séparation des pouvoir,un œuvre jurisprudentiel

وقد رتب على ذلك الأثار التي حددها في القرار الثاني لسنة 1989وبشكل ضئيل في القرار رقم 03حيث رسم دائرة الادارة وحدد امتيازاتها.

يظهر تبني مبدأالفصل بين السلطات نوعا من دسترة لاجتهاد المجلس الدستوري فهو عمل اجتهادي محض،مما يعد ترقية للمبدأفي النظام الجزائري دون أن تكون له خلفية أو أساس نصي شكلي.وقد نعتبرها "محاكاة" لما جرى في النظام الفرنسي[1].ولكن الخوصصة، فيما تعلق بالنظام القانوني الجزائري أنه رتب عنه نتائج واضحة ومباشرة.

فقد كان ذلك واضحا في القرارين الثاني والثالث عنه قرار في رأي 13أوت 1989.

لقد كان إعمال المبدأ سلوكا مستقرا للمجلس الدستوري يستند اليه في سياسة الاجتهادية في تنظيم السلطات العمومية.

في الواقع،فإنّه لم تتح للمجلس الدستوري فرص كثيرة لبسط اجتهاده،نظر لحداثة الحياة السياسية،وضعف المنطق المؤسساتي،فقد كانت معضم الاخطارات من صنع رئيس الجمهورية تحقيقا لمشروعة الاصلاحي،وتجسيدا لهبصفته:"(...) حامي الدستور"(المادة 67)

ولكنه،ومهما يكن،فإن قلة القرارات لم تمنع من كثافتها المعيارية وشموليتها المبدئية،كما رأينا.وأن الآراء التي يمكن ذكرها،والتي تبدوها هامشية في الحياة السياسية والقانونية هما الرأيين المتعلقين بدستورية القانونين المتعلقين بتأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية البلدية[2]والولاية[3].فقد أثار المجلس واستند الى المادتين 14[4]و16يقتضي توفيرالشروط التي تسمح بطبيعتها للمواطنين بحرية اختيار ممثلهم في مختلف المجالس الشعبية"

وليضف في الحيثية الموالية أنه:" اعتبارا بأن القانون المصادق عليه والمتضمن تأجيل انتخابات تحديد المجالس الشعبية البلدية موضوع هدا الاخطار يستجيب لهده الغاية "

وقد ذكر في حيثية تالية أنه:"اعتبارا بأنه من الضروري تسيير الشؤون البلدية خلال فترة التأجيل والتي يختص القانون بتحديد كيفيات ذلك".

---

[1] رأي رقم 2-ر.ق-م د-1989.نفس النشرية الصفحة 36

[2] رأي رقم 2-ر.ق-م د- في 9 سبتمبر 1989 يتعلق بدستورية القانون المتضمن تأجيل الانتخابات المجالس الشعبية البلدية 1989.نفس النشرية الصفحة 38.

[3] المادة 14: «تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن ارادته، ويراقب السلطات العمومية».

[4] المادة 16: «يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللا مركزية، ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية»

ينتج هذا القرار المقتضب عدة أثار من حيث دسترة القانون الاداري،وخاصة اللامركزية. فمن حيث الدسترة فقد استعمل المادتين14و16 من الدستور وجعلهما الأساس الدستوري للامركزية.

وقد وضع مضمون حرية الجماعات الاقليمية وأعتبر ذلك تكييفا للدستور،ف:"(...) تطبيق الدستور(....)يسمح للمواطنين بحرية اختيار ممثلهم في مختلف المجالس الشعبية ".

وقد اجتهد،من جهة أخرى، واستند الى مبدأالاستمرارية ضمنيا دون الاشارة اليه صراحة،لتبرير قبول التأجيل عندما نص في الحيثية على أن الأمر يتعلق بالضرورة ف:" (...) من الضروري تسيير الشؤون البلدية خلال فترة التأجيل والتي يختص القانون بتحديد كيفيات ذلك".

"تفيد صياغة الحيثية بان مبدأ الاستمرارية (أي ضرورة تسيير الشؤون العمومية خلال التأجيل)لا يتعداه ف:"(...) القانون يختص بتحديد كيفيات ذلك".

وهكذا يكون المجلس الدستوري قد دسترة مبدأ الاستمرارية بمناسبة هذا القرار الذي يجلب انتباه المعلقين.وبهذا،فقد حاول المجلس الدستوري التوفيق بين مبدأين دستورين وهما مبدأ اللامركزية ومبدأ الاستمرارية،حيث لم يضحى بأحدهما.

وقد كانت هذه القرارات على قلتها اسهاما في دسترة القانون الاداري بطريقة غير مباشرة في العموم.

وقد كللت هذه المرحلة المؤسسة للدسترة بتعطل عمل المؤسسات الدستورية نتيجة الاضطراب الناتج عن سوء تفسير وتطبيق المبادئ الدستورية المتعلقة بحرية الانتخاب وضمانة الحقوق والحريات.ولكنها،وهذه مفارقة،سمحت بتوضيح مفاهيم متعلقة بالدولة والادارة والنظام العام الدستوري الذي كان محل احتجاج.

فقد كان بيان المجلس الدستوري 11جانفي 1992الذي:"يثبت الشعور النهائي لرئاسة الجمهورية "عملا فاصلا في تأكيده لمجموعة من المبادئ الأساسية التي تؤطر سيره الدولة ومضمون نظامها الدستوري.حيث جاء ذلك في حيثية واحدة.

فقد جاء في حيثيته الأخيرة أنّه:"يصرح بأنه يتعين على المؤسسات المخولة بالسلطات الدستورية المنصوص عليها في موادمن الدستور أي تسهر على استمرارية الدولة وتوفير الشروط الضرورية للسير العادي للمؤسسات والنظام الدستوري.فهذا البيان يجعل من مبدأ استمرارية الدولة أمرا متعلقا بالدولة والنظام الدستوري".

فهذه الدسترة التي سبقت فيما يتعلق بالهيئات اللامركزية تلفت تكريسا دستوريا مدويا،وقد تم ذلك بدون الاستناد على مواد دستورية،مما يظهر أنه مبدأضمني من حيث أنّه مرتبط بالحفاظ على الدولة.

وقد ظهرت نتائج هذه الدسترة في تكريس أحكامها واضحة في التعديل الدستوري لـ28نوفمبر 1996.

وقد كانت محاولة المساس بقرارات المجلس الدستوري في المتعلق بقراره الأول حول المساواة في الترشح من حيث الجنسية فرصة لأن تؤكد في بيانه ليوم 25يوليو1995على أنّه:"يذكر ويتمسك" بـ:"بقراره رقم 1–ق ق–م د–ل 20غشت 1989المتعلق بقانون الانتخابات والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد 36،بتاريخ 30غشت 1989"،والذي قرر فيه أن شرط (.....)الترشح لرئاسة الجمهورية شهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المترشح غير مطابق للدستور"

يظهر ذلك المقاومة التي تعرضت لها الدسترة وخاصة في هذه المسألة المتعلقة بجنسية المترشحين الانتخابات فهي قد أثيرت في تخص الانتخابات المحلية،كما هي تثار في الانتخابات الرئاسية[1].

ومهما يكن،فإن المجلس ذكر وأكد على أثار قراراته بما يعطي للدسترة معنى قانوني من حيث اكتساب العمومية والتجريد والديمومة.

ولقد تدعمت الدسترة عموما،في التعديل الدستوري لـ 28نوفمبر 1996،وفي المادة الادارية خصوصا (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996: دسترة كثيفة للمادة الإدارية

أسهم التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 في دسترة "قوية" للقانون الإداري من حيث الأحكام الجديدة المتعلقة بالإدارة[2] ومن حيث مضامين اجتهادات المجلس الدستوري(1)، ولتظهر بوادر ذلك التأثير الدستوري على اجتهادات الفاعلين القانونيين وبالأخصّ القاضي الإداري (2).

(1) فقد تضمن التعديل أ حكاما كثيرة من حيث العدد، ومن حيث نوعية الأحكام (أيمضمونه).

فقد تم دسترة مصطلح الإدارة العمومية شكلا، حيث بعث الإدارة إلى الوجود الدستوري الصريح والمعلن. وهكذا فقد انتقلت إلى مرحلة النضج، وتم تكريسها دستوريا، بعدما ظلت مختفية في رداء "السلطة

---

[1] سيظهر دلك في قرارات لاحقة

[2] سبق لنا الإشارة لنا الإشارة الى مضامين في الباب الأول، الفصل الأول، المبحث الأول.

التنفيذية" كمصطلح وكمضمون فبعد مرحلة الوجود "الضمني" الذي استنتجه اجتهاد المجلس الدستوري انطلاقا من مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 23 فبراير 1989، جاء التعديل ليكرس وجود الإدارة دستوريا. فلم يرد في دستور 1989 اصطلاح الإدارة العمومية أو حتى مصطلح السلطة الإدارية، وإن كانت دسترة الإدارة العمومية قد تمت عبر ما عرضناه الباب الأول من البحث، فإن ميزة دستور 28 نوفمبر 1996 هي اسهامها في دسترتها من حيث الاصطلاح فقد نصت المادة 85 على أن الوزير الأول[1]: «5- يسهر على حسن سير الإدارة العمومية».

وأننا نجد اصطلاح الإدارة والسلطات الإدارية مكرسا بشكل صريح ودقيق مما يظهر اهتمام المؤسس الدستوري بموضوع الإدارة، ودليلناعلى ذلك ما جاء به التعديل الذي مس صياغة المادة 134 من دستور 23 فبراير 1989، فقد كانت المادة تنص على أن: "ينظر القضاء في الطعن قرارات السلطات العمومية"، فأصبحت الصياغة في المادة 143 مندستور 28 نوفمبر 1996 كمايلي: «ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية».

قد يظهر ذلك التعديل في الصياغة كمجرد تصحيح مادي للبعض، وقد يظهر البعض كتدقيق للاصطلاح، ولكنه، وفي جميع الحالات جاء في سياق نص دستوري واضح حيث ظهر الاصطلاح بوضوح وبقوة، مما يعطي يقينا أن الأمر يتعلق بضبط الاصطلاح الدستوري لما له من أثار ينبغي التحكم فيها. فهذا التمييز الدستوري بين الاصطلاحين (أي بين السلطات العمومية[2] والسلطات الإدارية) يبين، إضافة إلى الحرص الدائم للمجلس الدستوري على دقة الاصطلاح أن المؤسس يريد تأسيس إدارة عمومية مستقلة ومما يؤكد ذلك ماجاء في المادة 23 التي تنص على اصطلاح "الإدارة"[3] والذي كان مبتور من عبارة "عمومية" فإن الأمر ينصرف إلى الإدارة تحديدا وبلا جدال.

وقد احتوى دستور 28 نوفمبر 1996 على عدد مهم من الأحكام المتراكمة حول القانون الإداري والتي ورثها من الدساتير السابقة (كما رأيناها في المطالب السابقة)، وهي بذلك تكريس دستوري وتأكيد لمسار دسترة متنامية للقانون الإداري.

ومما يمكن ملاحظته هو أن دستور 1996 دستر شكلا ما كان يوجد ضمنيا في دستور 23 فيفري 1989، وهو تكريس لنفس المبادئ وتجسيد لها. فهو يسجل نوع من الاستمرارية الدستورية، ولكون

---

[1] المادة 85 عدّلت المادة 09 من القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، حيث كانت المطة السادسة هي التي تضمن ما تضمنتها المطة الخامسة حاليا.

[2] حيث يعني اصطلاح "السلطات العمومية" السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية.

[3] نص المادة 23: "عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون".

الإضافة النوعية له وهو ما يمكن اعتباره قطعية خطر لما جاء في المادة 37 منه تقرّ: مبدأحرية التجارة والصناعة، بجميع أثاره القوية على مستوى تحديد مجال الإدارة والنظام القانوني لها[1].

وقد تضمن دستور 28 نوفمبر 1996 أحكاما أخرى تتعلق بالإدارة وعناصر النظام القانوني الإداري على قدر كبير من الأهمية والتي تعتبر عناصر أساسية في معرفة الإدارة وقانونها.

فقد حدد في المادة 24 عناصر الوظيفة النظامية[2]، وأورد أحكاما تتعلق بمواضيع القانون الإداري، فقد أدرج اختصاصات جديدة للبرلمان تتعلق كلها بالقانون الإداري كـ: "القانون الأساسي العام للوظيف العمومي" فهو بذلك أسس دستوريا للوظيف العمومي، وهو قد أقر في الفقرة 27 من نفس المادة أن البرلمان يشرع في: «القواعد العامة المتعلقة بالدفاع الوطني واستعمال السلطات المدنية القوات المسلحة»، وهو بذاك وضع الأسس الدستورية للدفاع الوطني[3] ويضع مبدأ أساسيا يتمثل في وقوع القوة العمومية العسكرية تحت سلطة السلطات المدنية.

ونورد في نفس المادة في فقرتها 28 اختصاص البرلمان في: "قاعدة نقلا لملكية من القطاع العام الى القطاع الخاص"، وكذا ماتعلق بـ"إنشاء فئات المؤسسات"، وهو يؤثر في مجال القانون الإداري والقواعد التي تحكمه فهي منجهة، تحصر مجالا لإدارة، وتخضعها ومنجهة أخرى إلى قواعد جديدة، بما يعد ضبطادستوريا للإدارة، وقانونها وهو ما يقلص من استقلاليتها "التنظيمية" من حيث خلق الهيئات العمومية وفي حرية تقرير القواعد التي تخضع لها.

وفي الحقيقة، فإنّ ذلك يعد خلقا لقواعد دستورية مضمونها ضبط المادة الإدارية، فمثلا، فإن المؤسس الدستورية بنصه على اختصاص البرلمان بموضوع "الوظيف العمومي" قد وضع قاعدة هامة وهي ما سماها "الضمانات الأساسية للموظفين"، فهو بذلك يضع قيدعلى حرية الإدارة والمشرع، في نفس الوقت، فقد استفادت تلك الضمانات من الطابع الدستور بدل الطابع التشريعي والتنظيمي الذي كان قبل التعديل[4]، فهي بذلك أصبحت مكرسة تشريعيا وتنظيميا واجتهادا قضائيا[5].

وإن من أهم الميادين المدسترة والتي تقع في صلب وظيفة الإدارة ماتعلّق بـ:" القانون المتعلق بالأمن الوطني فقدأدرجه المؤسس الدستوري في، مجالات القانون العضوي[6] فهذا يظهر دسترة ميدان أساسي

---

[1] هو ما تناولاه في الفصل الثاني من الباب الأول المبحث.

[2] هو ما تناولاه في الفصل الثاني من الباب الأول المبحث.

[3]Boussoumah, Op.cit.

[4] المرسوم رقم 85-59.

[5]Mah, constitution et principes, op.cit.

[6] سبق تناول الموضوع في الباب الأول

للوظيفة الإدارية، بما يتضمنه من أثار على سلطتها حيث كانت تتمتع بسلطة تقديرية واسعة فقد كانت محل تأطير قانوني ضئيل من حيث مكانة النصوص أو من حيث القواعد القليلة التي كانت محل تأسيس قانوني، فهي كانت مبعثرة في نصوص الامركزية، وخاصة ماتعلق منها بسلطة الوالي أو ما تعلّق ماتعلق بوزارة الداخلية، وكذا ماقرره الاجتهاد القضائي الإداري.

وتتجسد هده الدسترة "القوية في تضمينه في قانون عضوي بما يترتب عنه من أثار[1]، خاصة من حيث "الشحن" الدستوري من حيث المضمون وكذا "الترقية الدستورية"، بما ينجر عنه من حماية دستورية وقضائية.

(2) ولقد تأثر القاضي الإداري في هذه المرحلة بأحكام الدستور وباجتهادات المجلس الدستوري، فكانت كثير من قرارات مجلس الدولة تحمل التأثير المباشر الذي لا يرقى له الشك وقد كانت الفترة مابين 2000 الى 2004 فترة خصبة من حيث أخذ مجلس الدولة بالمعايير الدستورية وسنورد بعض الأمثلة من تلك القرارات التي أمكن الاطلاع عليها.

فأما القضية الأولى التي سنوردها فهي قضية سعيدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

فقد أسهم هذا القرار في ترتيب عدة نتائج فيما تعلق بالقانون الإداري[2]. فقد كانت الدسترة ظاهرة في عدة نقاط فأمّا المسألة الأولى فتتعلق بإثارة المدعي وكذا قاضي مجلس الدولة لمواد الدستور.

فقد أثار المدعي المواد 29 و85 الفقرة الثالثة من الدستور حيث أعتبر أن: «(...) الرفض (أي رفض اتخاذ القرارات التطبيقية) ... يعتبر مساسا لمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليهافي المادة 29 من الدستور(....)، وأن على رئيس الحكومة وفقا لنص المادة 85 الفقرة الثالثة من الدستور السهر على تنفيذ القوانين واللوائح (...)» إن تلك الاثارة للأسس القانونية من المواد الدستورية يعد مبلغا لدسترة وهدفها، وذلك يعد تتويجا لمعيارية النص الدستوري والذي قد يعتبره البعض نوعا من La banalisation[3] ونوع من عدم الدقة القانونية.

وقد كان رد القاضي في حيثياته في نفس القرار استدعاء للدستور بطريقة. غير مباشرة، فقد استند قاضي مجلس الدولة على اجتهاد المجلس الدستوري فقد ظهر ذلك في الحيثية الثانية مايلي: «حيث

[1] Hubert Amiel, les lois organiques

[2] قضية سعيدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم الملف: -01348 رقم الفهرس 579 بتاريخ 2003/05/20، الصادر عن مجلس الدولة-الغرفة الثانية-القسم الأول.

[3] سنتناولها في عدّة نقاط، وخاصة ما تعلّق بالقرار التنفيذي في الباب الثاني، الفصل الثاني المبحث ......

بالفعل، فإن الحكومة ملزمة قانونا بإتخاذ جميع التدابير من أجل جعل هذا الحق فعليا لا تتمتع في هذه المجال إلا باختصاص مقيد، هذا الاختصاص الذي لا يمنحها أية سلطة للتقدير ماعدا تحديدها، تحت رقابة القاضي، شروط التطبيق وحدود هذا الحق».

إنّ هذه الحيثية تظهر مدى تأثر القاضي الإداري بحيثية المجلس الدستوري التي ذكرهاعدة مرات[1].

فقد ذكر في قراره الأول: «(....) أنّ الأحكام القانونية المتخذة (...) بإمكانها أن تفرض شروط الممارسة هذا الحق، (...)»، وأضاف في حيثية لاحقة بأنه: «وبعبارة أخرى، لا يمكن أن تكون ممارسة هذا الحق موضوع تضييقات ضرورية (...)، بغية حماية الحريات والحقوق الواردة في الدستور، ثم ضمان أثرها الكامل».

فهذا يبين تبني القاضي الإداري لنفس تصور "قاضي" المجلس الدستوري من حيث وظيفة القانون في إطار النظام الجديد القائم على أساس دولة القانون.

وقد كان مجلس الدولة قد قضي في قضية سابقة بتاريخ 2002/30/04[2] وفقا للدستور دون ذكر الاساس الدستوري فقد استندت الرئيسة المقررة الى الحيثية التالية: «**حيث أن هذه القاعدة من النظام العام وعدم احترامها يعد خرقا لحق الدفاع المضمون دستوريا (...)**».

أشارت القاضية إلى عدم احترام النص الأدنى وهي استدعاء الموثق للمثول أمام اللجنة التأديبية لا يمكن أن يقل عن 12 يوما، إلا أنّها فضلت الاستعانة بالدستور، لمتخص مادة بعينها، رغم؟ وجودها الصريح وهي المادة 151 التي تنص على أنّ: «الحق في الدفاع معترف به».

وقد كان مجلس الدولة قد أصدر قرار اقضى فيه باختصاصه على أساس من الدستور رغم أن المشرع قد قرر أن قرارات المجلس الأعلى للقضاء غير قابلة للطعن بموجب المادة 2/99 من القانون الأساسي للقضاء السابق[3] ففي قضية بتاريخ 1998/07/28 جاء في حيثية قراره: «**أن القرارات الصادرة من المجلس الأعلى للقضاء، الفاصل في القضايا التأديبية تعد قرارات صادرة عن سلطة إدارية مركزية، وبهذه الصفة تكون قابلة للطعن فيها للإبطال**».

لقد أعتمد على المادة 143 من الدستور التي تقيم القاعدة العامة الدستورية لاختصاص القضاء بالنظر في جميع قرارات السلطات الادارية.

---

[1] قرار رقم ا-ق-ق-م-د-مؤرخ في 18محرم عام 1410 الموافق 20 غشت ت 1989.
[2] قرار مجلس الدولة الغرفة الخامسة، قرار رقم 10349 المنشور في العدد 2، 2002.
[3] القانون رقم 89-13 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

وقد أضاف في حيثية أخرى أنّ: «(...) **أنّ القاضي مثله مثل كل موظف للدولة يستفيد وجوبا بحقوق مضمونة دستوريا. أن القاضي ملزم احترام هذه الضمانات**».

في الحقيقية، فإنّ هذه الحيثية تحدث ثورة قانونية بوضوحها وتأثيرها العميق والشامل بالنظر الى المنطق الذي أقرته. فهذا أكبر مدى يمكن أن تبلغه الدسترة من حيث الآليات والأعوان المجسدة لها، فهو يضع القاضي كضامن أول كما رأينا في اجتهاد المجلس الدستوري حين أعتبر أن وظيفة القانون تتمثل في تجسيد الحقوق والحريات.

فإذا كان المجلس الدستوري قد حدد مهمة المشرع في تجسيد الدستور، فإن مجلس الدولة قد اعتبر القاضي هو الملزم باحترام الضمانات الدستورية، فينج عن ذلك أن القاضي الإداري أصبح من أهم محرّكي الدسترة.

ونلاحظ أنّ اجتهادات مجلس الدولة قد تقلصت في مجال الدسترة حيث لم نعثر على قرارات كثيرة حسبما هو منشور.

ولكن مادعم مسار الدسترة عموما، هو إدخال القوانين العضوية فقد كانت بحكم طبيعتها "الدستورية"، وبحكم الإجراءات التي تخضع لها، وخاصة الرقابة الدستورية سمحت للمجلس الدستورية بالتدخل الكثيف بحكم الإخطار الآلي، وأنجر عنه تكاثر القرارات لم يسمح للمجلس بالتأكيد على اجتهاداته وتكرسها وتوضحها.

ومهما يكن، فإن إدراج القوانين العضوية في التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 قد أحدث نتائج. يمكننا القول اجمالا أنّ هذه الفترة كانت غنية من حيث اجتهادات المجلس الدستوري، ويمكن التأكيد على أن الدسترة قد تداعمت وتكرست وتوضحت في عدة نقاط. فأمّا العناصر العامة فتتعلق بالتأكيد المتكرر للمجلس على الدسترة من حيث آثارها في عدة قرارات.

ولعل أهم ما تعلّق بالقانون الإداري، فقد حرص المجلس في قراراته على تأكيد مبدأين أساسيين يتعلقان الادارة، فأمّا المبدأ الأول فيتمثل في الفصل بين السلطات، فقد كرّر وأصرّ في قراراته على المبدأ ينرتب آثاره بما يكرس استقلالية الإدارة ويضمن امتيازاتها وأما المبدأ الثاني فيتعلق لمبدأ المساواة في العديد من عناصره.

فبفضل هذا التدخل المتكرر للمجلس بحكم الرقابة السابقة على القوانين العضوية، دقق المجلس في اصطلاحاته وفي مضامين قراراته وقد كان الإسهام الكبير هو تأسيسه لمبدأ الفصل بين السلطات على

أساس المواد 122 و125 بعدما كان يعتبر ذلك "منبثقا" مستنتجا من الدستور، فقد أصبح للمبدأ أساس نصي دستوري.

وقد كان للتعديلين الدستوريين الأخيرين الأثر الكبير على تعظيم أثار الدسترة، فقد أدرج التعديل الأول المتضمن دسترة الأمازيغية الديباجة في الطائفة الدستورية، ليكرسه بكل وضوح وقوة في تعديل2008 حيث أصبحت الديباجية جزء من الدستور لما تضمنه من مبادئ تتعلق بالقانون الإداري، كمبدأ المشاركة في تسير الشؤون العمومية والمساواة الفعلية، فقد أثار هذه المبادئ بأن: «**جعل توسع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة يستمد من المطلب الديموقراطي المذكور في الفقرة الثامنة من ديباجة الدستور الذي يقتضي بأن تبنى المؤسسات على مشاركة جميع المواطنين والمواطنات في تسيير الشؤون العمومية وتحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وحرية الفرد والجماعة**» (الحيثية السابعة من الرأي رقم 08/01 بتاريخ 07 نوفمبر 2008 لمتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري)، حيث يمنح حق المشاركة أساسا واسعا للحقوق السياسية، كحرية الترشح والانتخاب، وخاصة ما تعلق بحق تأسيس الأحزاب والنقابات والجمعيات.

ولقد لعبت المعاهدات دورا كبيرا في التراكم الدستوري بحكم اندماجها في الطائفة الدستورية، فقد كان دورها مميّزا (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: إسهام المعاهدات في تكوين الطائفة الدستورية

أسهم قرار المجلس الدستوري لأوت 1989 المتعلق بالانتخابات في دمج المعاهدات في الطائفة الدستورية (الفرع الأول)، وليتطور الى تجسيد ذلك التأثير في القانون الإداري (الفرع الثاني)

الفرع الأول: ادماجها في الطائفة الدستورية

برزت البوادر الأولى للإدماج قبل صدور القرار (الفقرة الأولى) لتتطوّر الى ادماج صريح (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: البوادر الأولى للإدماج

كانت العلاقة بين الدستور والقانون الدولي علاقة فاترة رغم المكانة المركزية للسياسة الخارجية[1] (1) لتحدث طفرة نوعية في دستور 1989 (2).

(1) لم تكن للمعاهدات أهمية من وجهة نظر دستورية، ولم تطرح تساؤلات جادة في القانون الجزائري إلا بشكل متأخر[2].

فلم يتضمن دستور سبتمبر 1963 ألا بعض الأحكام القليلة.

ورغم ذلك، فإنّ المؤسس الدستوري ضمّن أمراً مهماً عندما نصّ في المادة 11 على أن: "تمنح الجمهورية موافقتها للإعلان العالمي لحقوق الإنسان". وأنّ ما يمكن ملاحظته هو أنّ ذلك التبني العالمي أصبح أمرا معتادا بالنسبة لجميع الدول الحديثة الاستقلال، والتي هي نتيجة منطقية للانضمام إلى هيئة الأمم المتحدة.

إنّ تبني الإعلان العالمي لحقوق الانسان يتضمن عدة آثار، فهي تكريس التزامات دولية داخلية، ومبادئ تتعلق بأسس نظام قانوني له آثاره على النظام السياسي والاقتصادي الذي تبنته الجزائر. من حيث الاختيار الاشتراكي والتنمية المستقلة. وبالتالي، فإنّ تلك المبادئ قد تصطدم بمبادئ تقوم على أساس إيديولوجية مختلفة.

---

[1] Ghozali N. Moncef Benouniche. M, la politique Extérieure de l'Algérie à Travers la Charte Nationale et la Constitution, R.A.G.S.J, N° 3. 1978. P453.

[2] F. Anjak, "La conclusion des traités internationaux à la lumière de la constitution". R.A.S.J.E.P 1978, p600.

ورغم ضآلة الإحكام المنصوص عليها في الدستور، فقد نص في مادته 21: "تضمن الجمهورية الجزائرية حق اللجوء لكل من يكافح في سبيل الحرية." والحقيقة أنّ ذلك ينسجم مع ما نصت عليه المادة 10 (الذي سبق للقاضي الاداري أن استند إليها) من أنّ الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية هي: "استتباب السلام في العالم" (المطة 8) وذلك في إطار: "سياسة دولية قائمة على قاعدة من الاستقلال الوطني، والتعاون الدولي، والنضال المناهض للتوسع الاستعماري، والمؤازرة الفعلية للحركات المناضلة من أجل استقلال بلدنا". (الفقرة الثامنة من ديباجة دستور 8 سبتمبر 1963)

وأمّا من حيث قواعد الاختصاص، فقد نصت المادة 42 على أن: "يقوم رئيس الجمهورية بعد استشارة الجمعية الوطنية بإمضاء المعاهدات والاتفاقيات، والمواثيق الدولية، وبالمصادقة عليها والعمل على تنفيذها." فهو يكرس قواعد تقليدية في هذا المجال، ولم يكن هناك من فرصة لمعرفة مدى فعليتها بحكم العمر القصير للدستور.

يلاحظ الأستاذ محيو أنّ دستور 1963: «لا يحسم مسألة التعارض المحتمل للاتفاقية مع القانون او الدستور، رغم تأسيسه لمجلس دستوري الذي لا يتضمن اختصاصه تقدير الاتفاقيات»[1]

وبعكس دستور 1963، فإن دستور نوفمبر 1976 قد وضح الصلة بين الدستور والقانون الدولي ومدى الهرمية القائمة بين المصدرين القانونيين. فقد نصت المادة 159 على أنّ: "المعاهدات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية طبقا للأحكام المنصوص عليها في الدستور، تكتسب قوة القانون".

يكون الدستور بذلك قد أدرج المعاهدات ضمن الشرعية عموما، بما فيها الشرعية الإدارية. وبوجه عام لم تعرف الممارسة القضائية لتلك الفترة اجهادا يستند إلى معاهدة مصادق عليها لتقرير حكم قضائي.

وقد قابل تلك المكانة العادية للمعاهدات، قوة الحضور الدستوري للسياسة الخارجية حيث خصص الفصل السابع لـ: "مبادئ السياسية الخارجية" (المواد من 86 إلى 93).

وقد كانت تعاليق رجال القانون الجزائريين[2] التي تؤكّد على التوجّهات الأيديولوجية من حيث الالتزام الأيديولوجي الصارم، ولكنه، وبحلول الإصلاحات تسارعت الأحداث، مع تطوّرات امتدّت الى إعادة التوجه في السياسة القانونية للعلاقات الدولية.

---

[1]Mahiou Ahmed, la constitution algérienne et le droit international, R.G.I.D.P, 1990, p424
«Elle laissait entière la question de la contrariété éventuelle d'un traité par rapport à la loi ou la constitution, tout en prévoyant un conseil constitutionnel dont la compétence n'incluait pas l'appréciation des traités»
[2]Bekhchi M. A., la constitution algérienne de 1976 et le droit international, O.P.U, 1985.

والحقيقة أنّ أهم تطور سجل في هذه الفترة هو انضمام الجزائر إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات[1]. فهي تمثل بداية الاندماج في منظومة المعايير الدولية، والتي تعد قيدا على الامتيازات الأساسية في المجال القانوني الداخلي، ورغم وجود التحفظ والديباجة التي تنصّ على أنّ: ".... المعاهدات.... كمصدر للقانون الدولي، ووسيلة لإنماء التعاون السلمي بين الأمم، أيا كانت نظمها الدستورية والاجتماعية"، فإنه: "لا يجوز لأي طرف أن يستظهر بأحكام قانونه الداخلي لتبرير عدم تنفيذه معاهدة ما..."حسب المادة 27 من الاتفاقية.

ولكنه يمكن لنا أن نستنتج من نص المادة 46من اتفاقية فيينا التي تنصّ على: «أنّه لا يجوز للدولة أن تستظهر بكون أنّ التعبير عن موافقتها على الالتزام بمعاهدة ما قد تمّ على وجه ينطوي على خرق لحكم من أحكام قانونها الداخلي يتعلّق بالاختصاص بعقد المعاهدات كمبرّر لإبطال موافقتها تلك ما لم يكن هذا الخرق بيّنا ومتصلا بقاعدة ذات أهميّة أساسية من قواعد قانونها الداخلي». وممّا لا شكّ فيه أنّ القواعد الدستورية من أولى قواعد القانون الداخلي أهمية والتي تعتبر أساسية، في نظر الأفراد والدولة.

إنّ الأثر الأساسي للانضمام للمعاهدة هو الإعلان عن تحول في مكانة المعاهدات، فلم يكن المرسوم 87–222 إلا مقدمة للمكانة السامية للمعاهدات التي أقرها دستور 23 فبراير 1989.

لقد دشن دستور فبراير عهدا جديدا، حيث ارتقى بالمعاهدة، حيث أصبحت: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب المنصوص عليها في الدستور، تسموا على القانون. (المادة 123) (...)، فهذا الدستور الذي يندرج في إطار إقامة دولة القانون منح هذا مكانة للمعاهدات لأنها الحامل الأساسي من الناحية القانونية لمبادئ الحقوق والحريات، فالتوافق في مضامين الدستور والمعاهدات هو المبرر لإعطاء تلك المكانة التي تضاهي الدستور في حد ذاته.

ولقد استتبع ذلك التبني الدستوري الانضمام إلى أهم الاتفاقيات الدولية وخاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان[2]، مما يظهر أنّ التحول مس الشكل والمضمون[1].

---

[1] مرسوم رقم 87-222 مؤرخ في 20 صفر علم 1408 الموافق 13 أكتوبر سنة 1987 يتضمن الانضمام، مع التحفظ، إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 مايو سنة 1969 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ص 1571.

[2] ملحق المرسوم الرئاسي رقم 89-66 المؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق ل 16 مايو سنة 1989 والمتضمن الانضمام إلى اتفاقية مناهضة للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المصادق عليها من طرف الجمعية العامة الأمم المتحدة في 10 سبتمبر 1984 والمنشورة بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 20 المؤرخ في 12 شوال عام 1409 الموافق 17 مايو 1989.
ملحق المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال 1409 الموافق 16 مايو 1989 يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

يسجّل الأستاذ محيو تعليقا على ذلك أنّ: «أولوية المعاهدة على القانون تُعدّ عنصراً جديدا (...) وخاصة الاعتراف بهذه الهرمية من قبل الدولة (أي الجزائر) حذرة إزاء قواعد القانون الدولي، (...)، ولكنّها، ورغم اعترافها بهذه الأولوية، فإنّ المادة 123 لا يحدّده الى أي قاعدة من قواعد القانون الدولي، فالأمر يتعلّق بالاتفاقيات حصراً المدرجة في النظام الداخلي عن طريق المصادقة»[2*].

ويستنتج الأستاذ، أيضا، أنّ ذلك أحدث أثرا في ما يتعلّق بعلاقة القاضي العادي والقانون، حيث: «لم يعد يكتفي هذا الأخير بمجرد كونه خادما للقانون، بدون إمكانية مناقشة مدى قابلية تطبيقه، فقد تحرّر من هذا الإكراه عندما يكون بصدد اتفاقية، فيمكنه استبعاد قانون مخالف، دون الخوف من تجاوز سلطاته»[3]

(2) وقد جاء دستور 1989 بقطيعة مع دستور 1963 و1976 حيث تميّز بما وصفه الأستاذ محيو بـ: «إسقاط الصبغة الأيديولوجية le désengagement idéologique[4] التي انصرفت الي التأثير على موقفه من القانون الدولي، فمن دولة مناضلة في دستور 1976 حيث كرّست مفاهيم عدم الانحياز، والنظام الدولي الجديد، ومعاداة الامبريالية الى: "خطاب أكثر حيادية، وقانونية، يتسم بالعقلانية والاعتدال (...)"[5].

يكرّس دستور 23 فبراير 1989 مبادئ القانون الدولي، بما يسهم في مسار الانتقال الى العولمة[6]، حيث يرى الأستاذ Favoreu: «يفترض لقانون معولم تطبيق منسجم للقواعد ذات المنشأ الدولي المتعلقة بالخواص، الذين هم أهم المستفيدين»[7].

والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، والمنشور ج.ر.ج.ج عدد 20 بتاريخ 17 مايو 1989.

[1]Bakhechi, La contribution du droit international à L'instauration de L'Etat de droit, Le cas de L'ALGERIE.

[2]Mahiou Ahmed, p427.

[*] «la primauté du traité sur la loi est le premier élément nouveau ,(…) ,que cette hiérarchie des normes est désormais reconnue par un pays qui était plutôt très méfiant à l'égard des règles du droit in international ,(…) cependant, tout en reconnaissant primauté ,l'article 123 ne l'étend pas à n'importe quelle réglé du droit international, il s'agit, seulement, des traités qui sont in traduits régulièrement dans l'ordre in terme pas la ratification»

[3]Mahiou Ahmed, Ibidem

[4]Mahiou, p421.

[5] la mondialisation du droit, op.cit.

[6]Ibid.

[7]Ibid. p159

والحقيقة، أنّ إدماج القواعد الاتفاقية، يتعلّق بالقواعد التي يضعها المؤسس الدستوري لكل دولة، بما يستنتج من المادتين 27 و46 من اتفاقية فيينا، فالأمر يتعلّق خاصة بالفصل بين السلطات، وكذلك لما يترتب عنها من التعارض المحتمل بين القانون الدولي والقانون الداخلي، وخاصة ما تعلّق بالتعارض مع الدستور، فلا شكّ، أنّ معظم الدساتير أولى من قواعد القانون الدولي، وهي أكثر دقة ومن حيث الالتزام بها من قبل السلطات التشريعية والتنفيذية، وكذا القاضي.

وعموما، فإنّ المسائل المتعلّقة بعلاقة الدستور بالقانون الدولي لم تلقى معالجة واهتمام إلا بشكل ضئيل في الدراسات، كما هو حال النظام القانون الفرنسي وبشكل متأخر[1]، حيث اكتشف الأستاذ L. Favoreu أهمية دور المجلس الدستوري في مجال قواعد القانون الدولي الاتفاقي على قواعد القانون الداخلي[2]، ليخلص الى استنتاج أنّه: «في القانون الداخلي، فإنّ مبدأ الشرعية هو موقف المحاكم العادية إزاء الاتفاقيات، خصوصا، لم يعد بالإمكان أخذهما، في الحسبان، كما هو الحال في المانيا وإيطاليا»[3][*]، وكذلك الأمر في القانون الجزائري إلا بشكل قليل، ولكن أهمية ضبط تلك العلاقة تزايدت، بحكم تطوّر النظام القانوني، والمتطلبات الجديدة للانخراط في نظام دولي معولم ومندمج أكثر فأكثر.

ويترتب عن ذلك ضبط العلاقة بين النظام الداخلي وقواعد القانون الدولي سواء من الناحية الشكلية، من حيث إدراجها في القانون الداخلي، وتحديد شروط تطبيقها، وخاصة شرط النشر، وكذا تحديدا أثرها المباشر بالنظر الى سيادة الدولة القانونية، ولعل هذه الأثار، وخاصة ما تعلّق بعلاقتها بالدستور، من أكثر المسائل المطروحة في النظم القانونية، والحقيق، أنّ المؤسس الدستوري قد حسم في مسألة الدستورية.

فقد أكد المؤسس على مبدأ الدستورية أي مبدأ السمو الدستوري كأساس للنظام القانوني، فالمعاهدات تخضع للدستور حيث نصت المادة 165 على: "(...) يفصل المجلس الدستوري، (...)، في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، (...)"، أنّ ذلك التقرير أوضح ورتب كثير من النتائج القانونية.

---

[1]L. Favoreu, le conseil constitutionnel et le droit international, p.616.
[2]L. Favoreu, op.cit. p631
[3]op.cit. p641.
[*] ««En droit interne, le principe de légalité, l'attitude des juridictions ordinaires à l'égard des traités notamment, ne pourront plus être envisagés comme ils l'étaient auparavant; en droit international, l'existence d'un juge constitutionnel et son attitude à l'égard du droit international, devront dé sormais être prises»

والحقيقة أنّ التطور كان سريعا، حيث أنّ ذلك كان سندا للمجلس الدستوري لينقلنا إلى مرحلة متقدمة حيث أحدث قراره الأول ثورة قانونية بما أحدثه من آثار. وخاصة إدماجها الصريح في "الطائفة الدستورية" (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: قرار 20 أوت 1989: إدماج المعاهدات في "الطائفة الدستورية"

أسهم هذا القرار في مسار الدسترة (1)، وهو قد أفرز آثارا كثيرة(2).

(1) وليتأتى لنا الإحاطة بأثره وإدراجه في الطائفة الدستورية[1] ينبغي التذكير بمعناه ومداه.

ينبغي بداهة التذكير بالحيثية التي جاءت في القرار الأول للمجلس الدستوري المتعلق بقانون الانتخابات: « **ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، وهكذا الشأن خاصة بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966 المصادق عليه بالقانون رقم 89-08 المؤرخ في 19 رمضان 1409 الموافق 25 أبريل 1989 الذي انضمت الجزائر إليه بالمرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال 1409 الموافق 16 مايو 1989، والميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب، المصادق عليه بالمرسوم رقم 87-37 المؤرخ في 04 جمادى الثانية عام 1407 الموافق 03 فبراير 1987، فإن هذه الأدوات القانونية تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه**».

أن الأمر يتعلق في هذا القرار بمنع الترشح لمن لا يحوز الجنسية الجزائرية الأصلية وهو ما رد عليه المجلس الدستوري حين اشترط المشرع وطلب من المترشحين وأزواجهم من أن يكونوا من جنسية جزائرية أصلية.

وقد وردت تلك الحيثية بعد حيثيتين، استند المجلس في الحيثية الأولى على قانون الجنسية[2]، وفي الحيثية الثانية على مادة دستورية[1].

---

[1] القرار المذكور سابقا.

[2] الحيثية: " و نظرا لكون الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 و المتضمن قانون الجنسية، قد حدد شروط الحصول عليها و إسقاطها و بين على الخصوص بدقة آثار الحصول على الجنسية الجزائرية وأقر حقوقا كان من أخصها حق تقلد مهمة إنتخابية بعد خمس سنوات من الحصول على الجنسية الجزائرية،....،

ونظرا إلى أن هذا الحكم القانوني لا يسعه أن يخضع لتطبيق انتقائي ولا جزائي.

وقد علّق الأستاذ محيو على قرار المجلس الدستوري وأعتبر: «(...) أنّ القرار لا يستند فقط على خرق الاتفاقيات وحدها، فهو تعمّد الإشارة الى الدستور أولا، ولكنّه أدرج خرق المعاهدات والتي أصبحت، بالتالي مدرجة في ما يسمى "الطائفة الدستورية"»[2][*]

وقد أكّد رجال القانون على "ضعف" المجلس الدستوري في مواجهة القانون الدولي كمعيار رقابة[3] ليُقترح ضرورة رقابة وقائية لدستورية المعاهدات[4].

إنّ النتيجة الأساسية في هذا القرار هو إدماجه للمعاهدات ضمن "الطائفة الدستورية". فهكذا، أصبحت المعاهدات إحدى المعايير المرجعية للرقابة الدستورية. (Les normes de référence).

وبالتالي، فيمكن الاستناد عليها كأساس ووسيلة قانونية في إطار الشرعية الإدارية على وجه الخصوص.

فالمجلس في هذا القرار اعتمد على المادة 123 (132 من دستور 28 نوفمبر 1996) كتجسيد سمو المعاهدة، وهو ما يبدوا أمرا بديهيا، ولكنه يظهر رغبة المجلس في تأكيد الهرمية الجديدة التي أقامها المؤسس الدستوري، ولكن التأكيد الأساسي، إضافة إلى التأكيد على مبدأ سمو الدستور، فهو أن: "(...) أيّة اتفاقية بعد المصادقة عليها أو نشرها تندرج في القانون الوطني (...)".

وبذلك أسهم هذا القرار، من جهة أخرى في إدراج المعاهدات في طائفة الشرعية.

أعتقد أن القرار يقترح نتيجة غير منتظرة وهو إدراجه للإتفاقيات فيالطائفة الدستورية ممّا يدرجها ضمن طائفة الشرعية.

ففي النظام الفرنسي، فإن هذا النقاش دار في فترة معينة حول فكرة القانون العائق La loi écran، حيث أن القاضي يطبق القانون، وأن خالف الدستور، على أساس فكرة أنه قاضي الشرعية، فهو ليس قاضي الدستورية، وقد تطور الأمر إلى فكرة القانون الشفاف L'écran transparent.

ونظرا لكون الجنسية الجزائرية الأصلية لا تشترط في المترشحين لمهمة انتخابية في المجالس الشعبية البلدية والولائية.

[1] "ونظرا لكون المادة 28 من الدستور، تقر مبدأ تساوي المواطنين أمام القانون دون إمكانية التذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق، أو الجنس، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي".

[2] Ahmed Mahiou, la constitution algérienne et le droit international, R.G.I.D.P, 1990, p420.

[*] «(…), décision ne se fonde pas sur la violation des seuls traités et elle prend même la précaution de viser d' abord la violation de la constitution, mais elle inclut bel et bien la violation des traités qui sont ainsi intègres de ce que l'on appelle le bloc constitutionnalité», p450.

[3] Jacques rabeut, droit administrative et droit vostitutionnel, R.D.P ; 1995, p976.

[4] Marie-France VERDIER " Le Conseil constitutionnel face au droit supranational: une fragilisation inéluctable?, in mélanges lavroff, "la constitution et les valeurs"

يأتي القرار في ظل وجود هرمية قائمة وهي الشرعية الموروثة، مما يجعل التساؤل يثور حول مآلها وأثر الهرمية الجديدة التي أقامها الدستور (الهرمية الدستورية).

فأحكام الدستور تقيم هرميات مختلفة في النظام الفرنسي. فأي الهرميات أكثر فعالية في الواقع القانوني؟ فالسؤال القانوني الذي يثار حول موقف القاضي والقاضي الإداري خصوصا، فيما يتعلق بتطبيق القواعد القانونية في نزاع معين، فهل يطبق أحكام الدستور مباشرة أم القانون، أم المعاهدة؟

وترى الأستاذة E. Picard[1] نتيجة لذلك الواقع القانوني الفرنسي أنّ هناك هرميات مزدوجة hierarchie duale والتي: "تعبر عنها بشكل جيد المفاهيم الثلاثة: الشرعية، الدستورية، وحاليا الاتفاقية (conventionnalité).

تشكك الأستاذة في أن تشكل هذه هرمية، فقد كتبت أنّ:" هرم المعايير ماهي إلا مجاز، يتسم بالتقريبية، ولكنه ليس تعبير عن نظام إجرائي ومعياري (بمعنى الإجبار)[2]، ولكن رأيه استقر في تعليقه على قرار مجلس الدولة Koné.

فهو يرى أنّ قرار Koné الذي فسر الاتفاقيات على ضوء مبادئ دستورية، "قد أقام استمرارية الهرمية بين الدستور والاتفاقيات الدولية والقوانين (...)". فالتطور الحالي يذهب في نفس الاتجاه وفي أنظمة قانونية مختلفة كالأنظمة القانونية العربية[3].

وأمّا من حيث الأثر المباشر والذي اعتبر شرطا لإثارتها من قِبل القاضي، فقد كان القضاء الفرنسي عن طريق اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قرار GISTI الأول قد أقرّ ذلك ليتطوّر في قرار GISTI الثاني[4] ليدقق في معنى الأثر المباشر ليخضعه لمعيار حيث جاء في حيثيته أنّه: «يجب الاعتراف بالأثر المباشر لبند من قبل القاضي الإداري، وبالنظر للنيّة المعبر من الأطراف وكذا بالنظر للقيمة العامة لاتفاقية المثارة؟، وكذلك باعتبار مضمونها، ومصطلحاتها، فليس هدفها الحصري أن تحكم

---

[1]Etienne Picard, Les rapports entre le droit international public et La constitution selon La jurisprudence du conseil d'État. L'a revue administrative. Numéro spécial. 1999, p31.

[2]Op.cit. p 32, "La pyramide des normes n'est qu'une métaphore, assz approximative, mais certainement pas L'expression d'un système opératoire et normatif (au sens contraignant.).

[3] الاجتهاد القضائي في تطبيق معايير حقوق الإنسان في محاكم عربية. الجزائر، العراق، المغرب، الأردن، فلسطين، سبق ذكره.

[4]C.E, ass. 11 avril 2012, GISTI, annexe, R.F.D.A mai-juin 2012, p558.

العلاقات بين الدول ولا تتطلب تدخل أي تصرف مكمل لترتب آثارها تجاه الخواص، فغياب الأثارة يمكن استنتاجه من الاعتبار الوحيد أنّ البند يحدد الدولة كأطراف، وكموضوع للالتزام الذي جدّدته»*

فحسب المعلّقين[1] فإنّه يجب توفّر: «(...) شرطين مجتمعين للاعتراف بفاعلية التطبيق المباشر الممنوحة للقاضي الإداري، فأمّا الأول، فيجب أن: "لا يقتصر موضوع البند على تنظيم العلاقات بين الدول"، وأمّا الثاني أنْ لا يتطلب: "تدخل أي تصرف تكميلي ليحدث أثار تجاه الأفراد"»

فبرأي المعلّقين فإنّ قرار GISTIالجديد قد وضع بعض المعايير جانباً. فأولها، هو الحط من شأن معيار الصياغة critère rédactionnel[2] الذي كان عائقا بحكم الصياغة التقليدية للاتفاقيات، فبنودها تبدأ بصيغة: "الدول الاطراف" les Etats parties، وثانيها: "فإنّ القرار، يهجر، ضمنيا، هذه المرة، الصلة القائمة والمفترضة بين عدم الدقة، والعمومية الكبيرة، وغياب الأثر المباشر للاتفاقية الدولية"[3]*.

ورغم ذلك فتفحص اجتهاد القاضي الفرنسي يبرز أنّه: "خلافا لما يمكن التفكير فيه ابتداء، فإنّ درجة فعلية القانون الداخلي بحسب (نظام الأحادية أو الازدواجية) المتبنى من قبل نظام قانوني معين، بل تتعلّق، بالسلوك، شبه المتخفي، للقضاة الداخليين تجاه القانون الدولي"[4].

ولكننا، نعتقد أنّ سلوك القاضي الجزائري، واضح ومؤسس في الأخذ بالمعيار الدولي على أساسين دستوريين: فأمّا الأساس الأول فهو المادة 132 من الدستور، وأمّا الأساس الثاني فهو المادة 139 من الدستور والتي تجعل القاضي حامي الحقوق والحريات، وقد دعمها المجلس الدستوري في قراره لـ 20 أوت

---

* «(…) une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit».

[1]Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, Chronique générale de jurisprudence administrative française, A.J.D.A, 14 mai 2012, p936.

[2]Ibidem, p937.

[3]Ibidem, p938.

* الترجمة للطالب

[4]Saïda El Boudouhi, juge de droit commun du droit international ? Etat des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne, R.F.D.A mars-avril 2014, p386. «Contrairement à ce qui l'on peut penser de prime abord, le degré d'effectivité du droit international n'est pas fonction de l'option moniste ou dualiste choisie par un système donné, mais dépend de l'attitude, quasiment in formelle, des juges internes à l'égard du droit international».

1989 حيث عند ذكر الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان بالأولوية، مما يعطيها مرتبة دستورية حقيقة، وليس مجرد إحالة الى حقوق الإنسان بشكل عرضي، كما في الدساتير الإفريقية[1].

والحقيقة، أنّه من الطبيعي أنّ تطرح التساؤلات، بحكم المعطيات الدستورية فـ: "لا يخضع القاضي إلا للقانون" المادة (147 من الدستور).

فاجتماع أحكام المواد 165 و147 تثير الشك في خضوع القاضي للدستور، وبشكل أدق في مدى أخذه بالدستور في قراراته وأحكامه، وينصرف الأمر كذلك إلى المعاهدات.

ونتيجة لإصرار اليعقوبية الفرنسية، فما زال التمايز قائما بين الدستورية والاتفاقية في النظام القانوني الفرنسي، بحكم اجتهاد المجلس الدستوري، رغم تعاليق رجال القانون: «(...) حيث أصبح الفصل بين مسائل الاتفاقية ومسائل الدستورية صعب، وبل مصطنعا»[2][*]، فتأسيس مسالة الأولوية الدستورية تبرز ذلك الإصرار على أولوية الدستورية على الاتفاقية[3]، والذي برره الأستاذ Favoreu بأن أكّد على رأيه بأن اعتبر أنّ: «قرار 3 جويلية 1996، يؤكّد، بصفة معبرة بأنّه لا يوجد نظامين قانونيين، ذلك المرتبط بالمجلس الدستوري وذلك المرتبط بمجلس الدولة، بل نظام واحد»[4].

والحقيقة أنّ المادة 165 من دستور نوفمبر 1996 (المادة 155 من دستور فبراير 1989) تقترح هذه الكتلة الدستورية فتقترح حلا فهي نصت على أنّ المجلس: "يفصل (...) في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات." بالترتيب وهو ما يتوافق مع مضمون المادة 132 (123 من دستور 1989).

وقد جنب المجلس باجتهاده كل المتعاملين والمخاطبين بنصه الإشكاليات التي طرحت في النظام الفرنسي.

---

[1]Jean-François Flauss, La condition spécifique des traités relatifs aux droits de l'homme dans les Constitutions contemporaines.

[2]Constance Grewe, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche d'une frontière introuvable, R.F.D.C, 2014, p968.

[*] «(…) il devient difficile voire artificiel de séparer la question de conventionnalité des questions de conventionnalité»

[3]L. Favoreu, les principes généraux du droit et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République in : trois points de vue sur l'affaire Koné, R.F.D.A, 1996, p885.

[4]Favoreu, Ibid.

إن ما يثير الانتباه ابتداء هو سرعة التأكيد على مكانة المعاهدات، فقد جسد المجلس الدستوري سموها على القانون وإدراجها في القانون الداخلي، فأصبحت، على مستوى أول جزء من الشرعية. وقد جسدت، من جهة أخرى ترقية لمبدأ ضمان الحقوق والحريات ودولة القانون.[1]

ويؤسس القرار بذلك لرقابة الاتفاقية (المعاهدة) le contrôle de conventionnalite، بان يكلّف القاضي بالقيام بتلك المهمة، على خلاف المجلس الفرنسي، فقد: «حل المجلس الجزائري مسألة، ضلّت معلّقة من قبل نظيره الفرنسي، باعترافه الصريح باختصاص القضاة العاديين لفحص مطابقة القوانين للاتفاقيات»[2*]، كما لاحظ الأستاذ محيو الاتفاقية إذا كانت تتوافق مع الدستور، فهو يضمن أولوية الدستور، مهما كان، بل إنّ ذلك هو تجسيد الدستور.

ينجز عن تلك المهمة الدستورية ضرورة تطبيق قواعد الاتفاقيات من قبل القاضي، والذي يطرح مسالة التطبيق المباشر للاتفاقية، حيث ترتبط بمسائل كثيرة خاصة ما تعلّق بنشرها، ومضمونها المعياري فأما ما تعلّق بالنشر فقد اجتهد المجلس الدستوري بأن جعل النشر شرطاً لتطبيقها، وهو شرط لم يرد في الدستور، فقد أضافه المجلس في قراره، والذي يطبّق بطريقة تلقي الانتقاد، فقد لاحظ الأستاذ لعرابة أحمد أنّ كثيرا من الاتفاقيات تحظى بنشر ناقص غير مكتمل، حيث تنشر المراسيم الرئاسية دون مضمون الاتفاقيات، حيث يرى النشر متطلب دستوري بحسب المادة 57 من دستور 1989 حيث: "لا يعذر بجهل القانون"[3].

ولكنه، بإدراجها في الطائفة الدستورية يكون قد أكد على سمو الدستور وجسده وفقا لمضمون المادة 165 من الدستور. فهو بذلك يحيدها، أين تصبح المعاهدات سارية وفقا للمعايير الدستورية. والحقيقة، أنّه لم يحدث وأن راقب المجلس معاهدة دولية. وبالتالي، فإنه من الصعوبة معرفة مواقفه.

فيبدوا أن هذه الكتلة متماسكة، ولكن مخاطر أخذ القاضي (الإداري خصوصا) بالمعاهدات أو بعض أحكامها التي تخالف الدستور قائمة.

---

[1]Bakhchi (ablwahab), op.cit.
[2]Mahiou, op.cit. p450.
[*] «(…) le conseil algérien résout un autre problème, laissé en suspens par son homologue français, en reconnaissant expressément la compétence des juges normaux examiner la conformité des lois aux traités»
[3]Laraba (Ahmed), droit conventionnel algérien (1989-1994) la chronique, Revue IDARA, 1995, p.86.

وقد طرح التساؤل في النظام الفرنسي، ليجد إجابة قوية في قرار مجلس الدولة Sarran et Lavacher[1].

فقد رفض مجلس الدولة طعن بالإلغاء ضد مرسوم صادر في 20 أوت 1998 محدد للإجراءات الضرورية لتنظيم انتخابات مقررا بواسطة القانون الدستوري المعدل للمادة 76 من الدستور المتعلقة بالأقاليم ما وراء البحر الداعي لسكان كاليدونيا الجديدة حول اتفاقية نوميا Nouméa.فقد اعتبر مجلس الدولة أنّ المرسوم المطعون فيه هو تطبيق مباشر للدستور، فلا يمكن مراقبته إلا على أساس هذا الأخير، خلافا لادعاءات الطاعنين الذين أثاروا مخالفة المرسوم لمبدأ المساواة المكرسة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وميثاق الأمم المتحدة للحقوق المدنية والسياسية لـ 1966.

وبذلك، يكون مجلس الدولة الفرنسي قد أكّد أولوية الدستورعلى المعاهدات. وهكذا علق رجل قانون فرنسي، فإنه:"وبالتالي، فإن القانون الدولي لا يطبق في النظام القانوني الداخلي، إلا وفقا للدستور"[2].

وقد شكّل هذا القرار موضوعا لتعاليق رجال القانون الفرنسيين حيث اعتبره محافظ الحكومة christine maugue مهم من حيث الرقابة الممارسة من قبل القاضي الإداري لأجل احترام الهرمية الدستورية[3].

وفي الجزائر، فإنّ بعض الباحثين[4]يرون أنّ: "(...) القضية تطرح بكل شدة تخص العلاقة بين الدستور والمعاهدات الدولية، سواء من حيث الأولوية، أو من حيث أيهما يسمو على الآخر (...)" لأنّ: "عمومية النص الوارد في المادة 132 من الدستور لا يفيدنا في شيء لأنّ تعبير "القانون" هنا يؤخذ بمعناه التقني".

ولكنّنا نرى أنّاجتهاد المجلس الدستوري واستجابة القضاء له تزيل هذا التساؤل.

[1]C.E, 30 Oct. 1998 arrêt sarran et Levacher G.A.J.A.15, édition.

[2]Christine Bigaut, la constitution demeure La norme suprême, Le pouvoir constituant est souverain, La Revue administrative, n° 336, p 605.

[3] Christine Maugüé, L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité, in : la constitution, le traité et la loi : contribution au dé bat sur la hiérarchie des normes, les cahiers du conseil constitutionnel, N°7 1999, p87.

[4] محمد وسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، العدد 01، 2013، ص 55.

إنّنا نستطيع التأكيد على أنّ المعاهدة[1] جزء من الكتلة الدستورية، وليست مستقلة عنها، كما مازال يثار في النظام الفرنسي رغم التأكيدات السابقة. ودليلنا على ذلك هو أحكام الدستور (المادة 165) وقرار المجلس الدستوري 20 أوت 1989 حول الانتخابات وكذا أحكام القضاء الجزائري[2].

وقد سبق وأن ذكرنا الترتيب الذي جاء في المادة 165 من دستور 28 نوفمبر 1996 حيث نصت على الرقابة الدستورية على المعاهدات تليها القوانين ثم التنظيمات، وقد استند المجلس الدستوري في قراره على القانون ثم الدستور ثم المعاهدة. فهو في هذه الحالة لم يحترم ترتيبا على حسب الهرمية بل أنه تناولها في إطار منطق الدسترة، فهو يعتبرها مكونات لطائفة دستورية مندمجة واحدة.

وقد كرست بعض أحكام القضاء هذا التصور لوحدة الكتلة الدستورية حيث أنّ مجموعة من الأحكام والقرارات[3] أوردت في تأسيسها أحكام المواد الدستورية (المواد 131 و132 من الدستور) ثم أحكام المعاهدات التي صادقت عليها الجزائر.

فيمكننا ذكر حيثيات بعض هذه الأحكام.

ففي حكم صادر عن محكمة قسنطينة بتاريخ 29 مارس 2011[4] يذكر القاضي في حيثياته كما يلي:

"**بعد الاطلاع على نصوص المواد 131 و132 من الدستور،**

بعد الاطلاع على اتفاقية حقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر في 19 ديسمبر 1992،

بعد الاطلاع على المرسوم الرئاسي الخاص بالتصديق على اتفاقية حقوق الطفل رقم 92-461 الموافق 19 ديسمبر 1992."

يظهر هذا الحكم تصورا للقاضي اعتبار المعاهدة عنصر من كتلة واحدة، فهو يرتب الأسانيد على أساس الهرمية الدستورية ثم يتبعها بالإسناد على نصوص قانون الاجراءات الجزائية.

ولتؤكد نفس المحكمة[1] في قضايا الجنح على نفس النهج على إيراد الأسانيد بالترتيب نفسه انطلاقا من الدستور نفسه (المادة 131و132) وتتلوه بالتأشير على "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية

---

[1] المعاهدة بمعنى La conventionalité

[2] سنتناولها في الفقرة الثانية في الفرع الثاني لهذا المطلب.

[3] منشورة في الاجتهاد القضائي، تحت اشراف الأستاذة بوروبة سامية، مرجع سابق.

[4] الحكم الجزائي، مرجع سابق، الصفحة 116.

والسياسية (...)"، وبعد "الاطلاع على المرسوم الرئاسي الخاص بالتصديق والمنشور في الجريدة الرسمية (...)".

وقد أكد نفس السلوك مجلس قضاء نفس المدينة[2]، حيث استند إلى نفس المواد الدستورية (131 و132) ويليها هذه المرة " الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب الذي صادقت عليه الجزائر(...)".

وقد أكد حكم آخر لنفس المحكمة[3] على نفس المنهجية في التأسيس على أحكام الدستور وأحكام ص المادة 03 و05 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان المصادق عليه بموجب المادة 11 من دستور 1963 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 64 لسنة 1963 ".

وممّا نلاحظه في هذا الحكم لمحكمة قسنطينة هو استناده إضافة إلى المواد 131 و132 من الدستور الذي نص على سمو المعاهدة، إلى المواد 32 و34 و139 من الدستور[4]. إنّ ذلك يظهر مدى التأثير الذي أحدثه الدستور على القضاء، فهو استند على المادة 139 التي تنصّ عل وظيفة القاضي في حماية الحريات.

وقد أوردت نفس المحكمة في قضية أخرى[5] نفس الأسانيد (المواد 131 و132) لتضيف المادة 139، وهي في الحقيقة، ستكون لها أثر كبير في التصورات القادمة، ويليها السند المتعلق بـ: "(...) اتفاقية مناهضة التعذيب (...)".

نستخلص من جملة هذه الأحكام نتائج هامة رغم قصورها على محكمة واحدة.

إن السؤال المطروح هو مدى تأثير الدستور وكذا المعاهدات على القانون عموما، والقانون الإداري خصوصا، فمما لا شك فيه، أنّ المصدرين مؤثرين، كما رأينا في الأمثلة من قرارات محكمة ومجلس قضاء قسنطينة. فأيهما أكثر تأثيرا، ومن له الأولوية. في الحقيقة، أنه لا يثور الشك في الهرمية كما جاء تأكيده سابقا وقد برهنا عليه، ولكن الأمر يتعلق بالتأثير والأولوية من حيث الاستعمال من قبل القاضي كوسيلة وكسند قانوني لقراراتها.

---

[1] نفس المرجع، ص 120.
[2] حكم منشور في نفس المرجع، ص 122.
[3] نفس المرجع، ص 130.
[4] المادة 32:«الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن مضمونة».
34: «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان. ويحضر أي عنف بدني او معنوي او أي مساس بالكرامة».
35: «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعي كل ما يمس سلامة الانسان».
139: «تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية».
[5] نفس المرجع. ص 133.

يبدوا من مجموعة الأحكام والقرارات المنشورة[1] أنّ القاضي يلجأ أكثر إلى إثارة المعاهدات الدولية دون ذكر أحكام الدستور. ففي قضية (ي.ب) ضد (م.ب.أ) لمجلس الدولة (الغرفة الخامسة) بتاريخ 08 ماي 2000 يثير القاضي المعاهدة الجزائرية – الفرنسية دون ذكر الدستور. فقد ذكر في حيثيته: "(...) أنّه تطبيقا للمادة 16 من البروتوكول القضائي المبرم بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 1962/08/28 يجوز للمحامي الفرنسي أن يساعد ويمثل أمام جميع الجهات القضائية الجزائرية (...)".

وقد أثار القاضي المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في قضية (ي.ي) ضد (خ.ب) بتاريخ: 2002/12/11[2].

يمكننا، على ضوء هذه الأمثلة، أن نرى أنّ القاضي يلجأ أكثر إلى المعاهدات دون الاستناد إلى الدستور، وبالتالي، فإنّ ذلك قد يدفعنا إلى القول بأولوية المعاهدةعلى الدستورية.

ولكنني، أرى أنّ الأمر يعد عاديا من حيث منطق الهرمية الدستورية، فاستعمال القاضي لأحكام المعاهدات يعد إسهاما في الدسترة، فهو استجابة للقاضي للقرار رقم 01 للمجلس الدستوري لـ 20 أوت 1989 الذي أدرج المعاهدات الدولية في الطائفة الدستورية، وكذا تجسيد للآثار القانونية لآراء وقرارات المجلس الدستوري التي تعد سارية في مواجهة جميع السلطات، ومنها القضائية.

نلاحظ أن هناك تطابق كبير بين المعاهدات وأحكام الدستور من حيث المضمون المتمثل خصوصا في الحقوق والحريات (حماية). وقد تجسد لنا ذلك من خلال الأمثلة من قرارات القضاء الجزائري. وقد كان ذلك مما رصده القانون المقارن حيث لاحظ الباحث الفرنسي أنّ: "مضمون الطائفة الدستورية يقترب من مضمون طائفة المعاهدات"[3] ليستنتج ما قد لاحظه باحث آخر[4] من أنّ: "رقابة المعاهدات الممارسة من قبل المحاكم تتجه، (...)، لتتحول إلى رقابة دستورية".

نستنتج أنّ القاضي قد أسهم، على مستوى ثاني في الدسترة بأخذه وتطبيقه للمعايير الدولية والدستورية مجتمعة.

---

[1] المرجع السابق، الاجتهاد القضائي

[2] المرجع السابق، ص 114.

[3]Romain Felsenhend, La constitutionnalisation du droit administratif p, 73.

[4]J.F. Flaussi, convention européenne des droits de L'homme.

وممّا يعزز هذا الاتجاه الى التوحيد والانسجام بين الدستور والاتفاقية ما جاء في مشروع النظام الداخلي لمجلس الدولة[1] حيث نصت المادة 109 منه فيما يتعلق سلطته الاستشارية فإنّه يجب فيما يتعلّق بـ: "رأي مجلس الدولة"، أن: "يسهر مجلس الدولة عند ابداء رأيه، بالخصوص على ما يلي:

– انسجام النص مع الدستور والاتفاقيات الدولية المصادق عليها والنصوص السارية المفعول."

لقد كان تأثير قرار المجلس الدستوري واضحا على اجتهاد القضاء الجزائري، ليفتح المجال لتجسيد تلك الدسترة (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: التجسيد

تتجسّد في مجموعة من المعاهدات (الفقرة الأولى) واجتهادات القضاء (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: المعاهدات المؤثرة في القانون الإداري

تؤثر بعض المعاهدات تأثيرا مباشرا (2)، بينما تحدث أخرى آثار غير مباشرة(1).

(1) لا شك أنّ معظم الاتفاقيات تملك أثر على مجمل النظام القانوني، بما فيه القانون الاداري، ولقد رأينا أن معظمها تتعلق بحقوق الانسان، وهي بذلك تؤثر على جميع القواعد القانونية خاصة أو عامة، مدنية أو جنائية، أو إدارية. فمضمون تلك الاتفاقيات يؤثر في مجال القانون الاداري، خاصة ما تعلق بالحريات العامة، فالتضييق عليها أو إيراد التقييدات يقع في صلب وظيفة الإدارة وهي إقامة والحفاظ على النظام العام.

فالمادة 3/19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنصّ على أنّ: "تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

(أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم،

(ب) لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة، (فالأمر يتعلق بحرية الاعتقاد)، وكذا ما تنص عليه المادة 21 حيث: «يكون الحق في التجمع السلمي، ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تفرض طبقا للقانون وتشكل تدابير ضرورية، في

---

[1] مجلس الدولة، مشروع النظام الداخلي، لسنة 2014، غير منشور.

مجتمع ديمقراطي، لصيانة الامن القومي او السلامة العامة أو النظام العام او حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم»، ونفس الأمر ينطبق على مضمون المادة 22 من حرية تكوين الجمعيات حيث لا يسمح بالتقييدات: «إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم (...)»

نلاحظ أن موضوع حقوق الانسان والحريات متلازم مع ضرورة الحفاظ على النظام العام، مما يعتبر أساسا قانونيا للنشاط القانوني للإدارة، والذي يبرر الامتيازات التي، من الضروري، منحها للإدارة. وهو ما ينصرف الى الحقوق والحريات المقررة بمقتضى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حيث أن الحق في تطوين النقابات لا يخضع لأية قيود غير ما: «يشكل تدابير ضرورية. في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم». (المادة 08 من العهد)، بما فيها حق الاضراب.

فمضمون المواد يتعلق بالنظام العام، وهي أوردت القيود الضرورية على الحريات بما يسمح بالتأكيد على ذلك جزء من نظام الشرعية الذي يجب على السلطات الإدارية الالتزام به، فهو يضع إطار قانوني على مستوى المبادئ.

يترتب على تلك الأحكام المنصوص عليها في المعاهدة أمكانية إثارتها من قبل المتقاضين، وإمكانية الاستناد عليها من القاضي الاداري في تأسيس قراراته على تلك المواد.

فالإمكانية قائمة، والذخيرة القانونية متوفرة في مضامين كل المعاهدات المصادق عليها من قبل الجزائر. وقد سبق لنا أن ذكرنا بعض من تلك المعاهدات المثارة من قبل القاضي في الفرع الأول.

والحقيقة أنّ مضامين العهدين الدوليين لـ 1966 تعد مخزنا ثريا للمواد التي يمكن إثارتها في مجال المرافق العامة من حيث ذكرها لكثير من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

فالمواد قد نصّت على الحق في العمل (المادة 06 والمادة 55 من الدستور)، وحق التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية، من الأجر المنصف، والعيش الكريم، وظروف عمل تكفل السلامة والصحة (المادة 07 من العهد)، وكذا حماية الأسرة (المادة 10)، والحق لكل شخص في مستوى كاف له ولأسرته (المادة 11).

نلاحظ تطابق هذه الحقوق الاتفاقية مع الحقوق الدستورية عموما، والأمر ينصرف الى: «حق كل إنسان في التمتّع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية (...)»، كما جاء في المادة 45 من الدستور، وكذا ما ورد في المادة 13 من العهد حول حق كل فرد في التربية والتعليم، كما تنص عليه المادة 53 من الدستور.

تصلح هذه الأسس الاتفاقية في الاندماج في الشرعية الإدارية، وكذا كأسس للأفراد للمطالبة بالحقوق المقررة، مما يقتضي من الإدارة توفير المرافق العمومية، وما تتطلبه من موارد بشرية ومالية، وأملاك عمومية.

يترتب على هذه الحقوق تقرير نظام قانوني يتعلّق بالإدارة أساسا خاصة ما تعلّق بقوانين الوظيف العمومي والميزانية العامة والأملاك الوطنية.

ومهما بدى من بعد موضوع العهد عن موضوع القانون الإداري، فإنّ الأثر غير مباشر يبدو قويا، وخاصة من حيث تقرير مجال القانون الإداري.

(2) وقد ظهرت بعض الاتفاقيات التي لها أثر مباشر على القانون الإداري، ولعل أهمها: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد[1]، والميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة[2]، وخاصة اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوروبي[3].

فرغم أنّ اتفاقية مكافحة الفساد تقع في ميدان القانون الجنائي، فإن أثرها كان عاما خاصة على القانون الإداري وقد نتج عنها إصدار القانون المتعلق بمكافحة الرشوة[4] وإنشاء هيئة إدارية هي خلية

---

[1] اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المصادق عليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 الصادر في 19 أبريل 2004 – جريدة رسمية عدد 26.

[2] مرسوم رئاسي رقم 12-415 مؤرخ في 27 محرم عام 1434 الموافق ل 11 ديسمبر 2012، يتضمن التصديق على الميثاق للإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة، المعتمد بأديس أبابا بتاريخ 31 يناير 2011. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 68.

[3] مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1426 الموافق 27 ابريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 ابريل 2002، الجريدة الرسمية رقم 31.

[4] القانون رقم 06-01 المتضمن مكافحة الرشوة.

الاستعلام المالي. فهي تؤثر على مستوى المفاهيم المتعلقة بالقانون الإداري، وكذا ما تعلق بمبادئ العمل الإداري.

فأما ما تعلق بالمفاهيم فيمكن الذكر على الخصوص، مفهوم الموظف العام، فالاتفاقية أوردت تعريفا له سيؤثر على ذلك المعتمد في القانون الداخلي، فهو يعطي تعريفا واسعا، يختلف عن التعريف الضيق المعتمد في قانون الوظيف العمومي. وأمّا تعلق بالمبادئ فهو أدرج المفاهيم الحديثة التي أصبحت جزءا من المبادئ التي تخضع لها الإدارة في نشاطها كالشفافية، ومبادئ الحوكمة عموما، وقد كان القانون المتعلق بمكافحة الرشوة تجسيدا لذلك الالتزام الدولي.

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد، أنّ هذه الاتفاقية أظهرت وحدة الكتلة الدستورية، وأمّا الاتفاقية الأخرى، فإنّها تقع في قلب القانون الإداري، فالميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة يغطي موضوع الإدارة مما سيكون له أثر كبير على القانون الإداري الجزائري. فالاتفاقية ستقتضي مراجعة الكثير من النصوص القانونية والتنظيمية المتصلة بالمرفق العمومي خصوصا.

تضمنت الاتفاقية الافريقية كل المبادئ التقليدية والحديثة للمرفق العام، فإضافة إلى المبادئ المعروفة كالمساواة والاستمرارية والتكييف (ف 57) تضمن الميثاق المبادئ الجديدة كالحياد، والمسألة والنزاهة والشفافية (المادة 7/02 و8)، وكذا مبدأ النجاعة عبر ما نصت عليه من: "الاستخدام الفعلي، والفعال، والمسؤول" (المادة 09/02 من الاتفاقية).

وقد تضمنت الاتفاقية تعريفا للإدارة والخدمة العامة. (المادة الأولى من الميثاق الافريقي). وهكذا، فإنّ عبارة "إدارة عامة" تعني، في منظور الاتفاقية: "أي مؤسسة أو منظمة على مستوى قاري، إقليمي وطني ومحلي تطبق سياسات عامة أو تقوم بمهام خدمة عامة."

وأمّا "الخدمة العامة" فهي تعني: "أي خدمة أو نشاط متعلق بالمصلحة العامة يتم القيام بها تحت سلطة الادارة." (نفس المادة الأولى).

وهي قد تضمنت، كما جاء في اتفاقية مكافحة الفساد لـ 2003، تعريفا للعون العمومي، فالميثاق الافريقي أستعمل عبارة: "عون الخدمة العامة"، والذي عرفه كما يلي: "(...) أي عامل أو مستخدم لدى الدولة أو أي من مؤسساتها، بما في ذلك أولئك الذين يتم اختيارهم أو تعيينهم أو انتخابهم للقيام بأنشطة نيابة عن الدولة على جميع مستويات هياكلها."

وقد أوردت الاتفاقية عدة مبادئ وأحكام تمس صلب العمل الاداري والتي هي موضوع للقانون الاداري الداخلي، مما سيحدث أثرا أكيدا في النصوص القادمة بحكم تضمن الاتفاقية على آليات لتقييمها وتنفيذها.

مما لا شك فيه، أن الاتفاقية سيكون لها أثر كبير في المستقبل من حيث تأثيرها، وإن كانت كثير من مبادئها ومفاهيم توافق مع ما تضمنته النصوص الداخلية، فهي لا تتناقض مع النص الدستوري أساسا. وقد نصت المادة 26 من الميثاق على أن "لا يمس أي حكم من أحكام هذا الميثاق بالأحكام الأكثر تأييدا للخدمة العامة والادارة العامة أو بالقوانين حول حقوق وواجبات أعوان الخدمة العامة الواردة في التشريعات الوطنية للدول الأطراف (...)".

ومهما يكن، فقد أصبحت هذه الاتفاقية جزء من الشرعية، فأمر تفعيلها يعود، بالأساس، إلى المتقاضين الذين يمكن أن يستندوا إلى أحكامها للمطالبة بحقوقهم أمام القضاء الاداري.

وقد تكون اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوروبي الأكثر تأثيرا، بحكم الصلات الاقتصادية القوية، حيث يطغى هذا الجانب عليها[1].

فقد تضمنت الاتفاقية مجموعة المبادئ والأحكام التي تتعلّق: «خاصة باحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والاقتصادية التي تشكل الشراكة نفسها»، والتي يُعدّ الاتفاق: «إطاراً مناسباً لازدهار شراكة تقوم على المبادرة الخاصة (...)»، والتي تظهر التوجه الليبيرالي مما يؤثر على المبادئ والقواعد المتعلقة بالإدارة والقانون الإداري، والقانون العام بشكل أوسع.

ولعل من أهم القواعد ما تعلق منها بوظائف الإدارة، وخاصة ما تعلق بالنظام العام، كأهم وظيفة إدارية، فهي التي تعد ضرورة، بالنظر الى النظام القائم على أولوية الحريات، وخاصة الاقتصادية منها، وقد رصدنا بعض تلك الأحكام في مواد الاتفاقية.

وهكذا، فقد نصّت المادة 27 من الاتفاقية على أن: «لايتعارضهذاالاتفاقمعحالاتمنع وتقييد الاستيراد والتصدير والعبور التي تبررها أسباب متصلة بالسلوك العمومي والنظام العام والامن العام وحماية الصحة وحياة الأشخاص والحيوانات (...)»، فهذا الاعتراف بسلطة الدولة في ميدان الضبط الإداري كنواة أساسية

[1] رسالة دكتوراه الأستاذ موهوبي كمال، البعد الاقتصادي لاتفاقيات الشراكة الأورو متوسطية، كلية الحقوق جامعة الجزائر.

لنشاطها، في مجال التجارة الخارجية يظهر مدى التأثير الضروري لأحكام هذه الاتفاقية على القانون الإداري وكذا المنازعات المحتملة أمام القاضي الإداري.

والحقيقة، أنّ الاتفاقية نصّت على قاعدة عامة في الباب الثالث المتعلق بـ: "التشريع الداخلي" تقضي بحماية امتيازات السلطة العمومية، فقد نصت الفقرة الثانية من ها الباب على أنّ: «تطبق أحكام هذا الباب مع مراعاة كل القيود التي تبررها أسباب متصلة بالنظام العام والأمن العام والصحة العمومية ولا تسري هذه الاحكام على النشاطات التي تتصل بممارسة السلطة العمومية على إقليم حد الطرفين ولو عرضا».

يتضمن هذا البند اعترافا باستقلالية القانون الإداري وحماية له وخاصة مجال السلطة الإدارية ألا وهو: الضبط الإداري.

ويمتد تأثير الاتفاقية، كما سبق بيانه، الى تدخّل الدولة وعلاقاتها الاقتصادية، فقد نصّت المادة 43 من الاتفاقية، التي جاءت في الفصل الثاني المعنون بـ: "المنافسة واحكام اقتصادية أخرى" على أنّه: «فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية والمؤسسات المتحصلة علي حقوق خاصة أو حصرية يتأكد مجلس الشراكة من انه ابتداء من السنة الخامسة بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ لا يتم اتخاذ ولا إبقاء أي تدبير من شانه أن يخل بالمبادلات بين المجموعة والجزائر (...)، ولا يعترض هذا الحكم لا قانونا ولا عملا مع تنفيذ الأعمال الخاصة الموكلة الى هذه المؤسسات».

يترتب عن مضمون المادة المذكورة عدة آثار تتعلق بالمؤسسات العمومية عموما، وبالمرافق العمومية خصوصا، حيث أنّ الاتفاق يهدف، من جهة الى حماية المنافسة، والى الاعتراف بوجود مرافق عامة من جهة أخرى، وخاصة ذات الطبيعة الاقتصادية، وكذا حمايتها التي نستنتجها من خلال الصياغة التالية: «لايعترض هذا الحكم لا قانونا ولا عملا مع <u>تنفيذ</u> الأعمال الخاصة الموكلة الى هذه المؤسسات»، والامر يتعلق بـ: "المؤسسات المتحصلة على حقوق خاصة أو حصرية"، ويرتبط ذلك، بالضرورة بالمؤسسات المسيرة للمرافق العامة والتي تملك تلك الخصائص كمؤسسة سونلغاز بحكم القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء ونقل الغاز بواسطة الأنابيب.

فلا شك أنّ هذا المنطق القانوني الذي تحمله المادة 43 من الاتفاقية من نفس المنطق الناتج عن دسترة الاختيار الليبيرالي بدسترة حرية التجارة والصناعة (المادة 37 من دستور 28 نوفمبر 1996).

والحقيقة انّ تفعيل هذه الاتفاقية، بدخولها حيز التنفيذ، قد يدفع الأفراد والمؤسسات الى الاستعانة بمضامينها القانونية، وخاصة أمام القضاء."[1]

والحقيقة، أنّ أمر الدسترة قد نهض به القاضي، بشكل كبير بواسطة تفعيل الاتفاقيات، وتجسد في كثير من قراراته (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: الاجتهادات القضائية "المدسترة"

أسهم الاجتهاد القضائي في الدسترة من حيث أخذه بالإتفاقية (1)، وكذا في استعمالها كأسانيد وأسس لحيثياته من قبل القاضي الاداري ومن قبل المتقاضين كأساس لطلباتهم (2).

(1) رأينا أن القضاء الجزائري لا يفصل رقابة مخالفة الاتفاقية عن مخالفة الدستور (الفقرة السابقة)، وقد استنتجنا وحدة الطائفة الدستورية، واعتبار الاتفاقيات الدولية جزء منها. وهي في نفس الوقت، جزء من الشرعية الادارية.

فقد لاحظ رجل القانون الفرنسي[2] في تعليقه على قرار Nicolo[3] أنه بهذا القرار يؤكد مجلس الدولة: "على الطابع الاجباري للمادة 55 من الدستور الفرنسي وعلى سمو الاتفاقية على الشرعية"*، وليواصل القول أنّه بذلك يضع حدا لاحتكار المجلس الدستوري للرقابة الدستورية، ليخلص إلى نتيجة مهمة، أكدها الأستاذ Bechillon[4]هي أنّ: "رقابة المطابقة للاتفاقية التي قام بها القاضي الاداري ما هي إلا رقابة دستورية (...)"، ليرى أنها أكثر فعالية من الرقابة المباشرة التي يقوم بها المجلس الدستوري[5].

والحقيقة أن ذلك التعليق المتعلق بالنظام الفرنسي يعد استنتاجا عاما اقتضته متطلبات القراءة المنهجية والمعرفية من وجهة نظر المدرستين المعيارية والواقعية. فبعض رجال المدرسة المعيارية[6]يميزون بين النص والمعيار Texte Et Norme، ويرون أنه متطلب منهجي.

---

[1] قرار 5 افريل 2013 لمحكمة النقض الفرنسية تقضي بأن يستفيد الطفل الجزائري من الحق العطاءات الاجتماعية، إذا كان يقيم بصفة شرعية، بعض النظر عن جنسيته، استند الى المادة 68 من الاتفاقية التي لها: "أثر مباشر" بدون قيود إدارية، عن جريدة quotidien d'Oran بتاريخ 09 ماي 2013، ص 14.

[2]Cayla Olivier, la constitution, le traité et la loi : contribution du débat sur la hiérarchie des normes les cahiers du conseil constitutionnel, N 7/1995, p81.

[3]C.E, 20 oct. 1989, Nicolo in G.A.T.A, 15 Edition, 2005.

[4]Béchillon Denys, de, malaise dans La constitution, R.F.D adm, 1998, N2.

[5]Cayla, op,cit, p 81.

[6]Tropper Michel, pour une Théorie Juridique De L'Etat, P.U.F. 1994.

ولكن ترددات القاضي الإداري الفرنسي لم تنتهي، حيث يبدو منه عدم استنتاجه لجميع الآثار المترتبة عن القرار Nicolo المُقر لرقابة الاتفاقية حيث لوحظ" «أنّ القاضي الإداري، في إطار المادة 55 من الدستور، أبدى تصوّرا قائما على الحد الأدنى من الرقابة، التي تختلف عن الرقابة العادية لرقابة شرعية»[1]*.

(2) ولم نعثر في النظام الجزائري على تعاليق رغم فيض القرارات التي ذكرنا بعضها في الفقرة السابقة، وذلك بالنظر إلى حداثتها وخاصة جرأة القاضي الذي أصدر تلك القرارات[2]. وقد لاحظنا أن معظم تلك الأحكام والقرارات صادرة عن الجهات القضائية العادية والدنيا. ورغم ذلك فإن الأمر يتعلق بالقضاء عموما المرتبط بمهمة أساسية وهي ما نصت عليه المادة 139 من الدستور من اعتباره: "حامي الحريات والمجتمع".

ولم يتوفر لنا إلا بضعة قرارات منشورة[3]صادرة عن مجلس الدولة، من بينها قرار صادرعن الغرفة الخامسة بتاريخ 2000/05/08. فالقرار مرفوع من محامية ضد اللجنة المصرفية في 1999/03/23 القاضي برفض توكيلها لأنها لم تقم بتطبيق مقتضيات المادة 06 من القانون رقم 04/91 المؤرخ في 1991/01/08 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة لعدم تقديمها للجنة المصرفية الوثيقة التي تثبت إحترامها للمقتضيات المذكورة سابقا.

فقد استند قاضي مجلس الدولة على أساس قانوني (المادة 16) من البروتوكول القضائي بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 1962/08/28 ليقضي بعدم مشروعية قرار اللجنة المصرفية.

فقد تدرج القاضي في التسبيب، فبعدما ذكر المادة 06 من القانون المتعلق بالمحاماة وما يقتضيه من أن تختار المحامية مقرا لها في مكتب محام جزائري يمارس في دائرة اختصاص المجلس القضائي، ينتقل للتذكير بالمادة 16 من البروتوكول القضائي حيث يجوز للمحامي الفرنسي أن يساعد ويمثل الخصوم أمام جميع الجهات القضائية الجزائرية طبق نفس الشروط الجارية على المحامين المسجلين في النقابة الجزائرية. غير أنه يجب أن يختار المقر في مقر الجهة القضائية.

---

[1] David Bailleul, juge administratif et la conventionnalité de la loi, R.F.D.A, sep-octobre 2003, p876.

* Saisie dans le cadre de l'article 55 de la constitution le juge administratif fait montre (...) d'une conception minimaliste du contrôle de juridicité, qui contraste (...) avec le contrôle normalement mis en œuvre (...)

[2] فهي ليست قرارات صادرة عن الهيئات القضائية العليا (المحكمة العليا).

[3] الاجتهاد القضائي في تطبيق معايير حقوق الإنسان في محاكم عربية. ص 113.

ليواصل القاضي في حيثيته الأخيرة إلى: «أنّه في قضية الحال أودعت الأستاذة (ج. م) محامية بنقابة المحامين بباريس لدى اللجنة المصرفية رسالة توكيل لتمثيل (ي. ب)، وقد اختارت مقرها بمكتب الأستاذ (ع)محام بالجزائر،(...)»، ويخلص في نهاية الحيثية إلى القول: «أنّه يتعيّن في هذه الظروف القول أنّها قد احترمت الالتزام القانوني الذي يفرضه البروتوكول الدولي المذكور أعلاه والقول أنّ اللجنة المصرفية عندما اشترطت تقديم الرخصة الخاصة من نقيب المحامين المنصوص عليها في المادة 06 من القانون المؤرخ في 1991/01/08 قد تجاهلت مقتضيات البروتوكول القضائي المؤرخ (...) المبرم بين الجزائر وفرنسا.»

لقد قضى قرار مجلس الدولة بعدم شرعية القرار الصادر عن اللجنة المصرفية لمخالفة اتفاقية دولية. ويمكن إيراد الملاحظات التالية:

فلاشك أنّه هذا قرار من هذا النوع، هو ليس فريدا إلى حد الآن، ولكن آثاره كبيرة على مستوى الدسترة.

بمقارنته مع القرارات الأخرى التي ذكرناها فإن التسبيب كان ضئيلا وحيث أنّ قاضي مجلس الدولة لم يؤسس حيثياته على مادةدستورية، ونعني بها المادة 132 من الدستور التي تقر سمو المعاهدات على القانون، على خلاف القرارات الصادرة من هيئات القضاء العادي.

فقد ذكرت المادة صراحة في التأشيرات المواد الدستورية، وخاصة المواد المتعلقة بالمعاهدات، خاصة المادتين 131 و132.

قد يعتبره البعض سهوا، ولكنه، ومهما يكن فهو خلل وفراغ في التأسيس، الشكلي، وخاصة، وأنه أول قرار في مجال مراقبة مطابقة الاتفاقيات، فكان يجب ذكر المادة أو المواد من الدستور، خاصة المادة 132 منه، وخاصة وقد أطال القاضي في التسبيب كما لاحظنا.

ورغم ذلك فإننا نستنتج أن القاضي استند إلى قاعدة سمو المعاهدات على القانون "ضمنيا" دون ذكرها صراحة.

فالقرار، ورغم بساطته من حيث موضوعه، أو من حيث تسبيبه يعد قرارا مهما، حيث أكد على الهرمية القائمة بين الاتفاقية والقانون كما قررها الدستور.

وقد كان القرارمقتضباً، وبالتالي، فإنّه لايسمح للقارئ أو المحلل أن يتعرف على تفكير القاضي الاداري فيما يتعلق بعدة نقاط قانونية هامة كما كان الأمر في النظام الفرنسي. فقد جاء قرار Nicolo لمجلس الدولة مدشنا لعدة قرارات أخرى سواء ما تعلق باختصاص القاضي الاداري بتفسير الاتفاقيات الدولية[1]بعدما كان ذلك من اختصاص السلطة التنفيذية (وزارة الخارجية)، أو من حيث أولوية الدستور في النظام القانوني[2].

ولم نلحظ أنه راقب الشروط التي وضعها المجلس الدستوري من حيث نشر الاتفاقية والمصادقة عليها، بل هو أثارها دون أن يؤكد للقارئ ذلك، على خلاف ما رأيناه في القرارات الأخرى حيث يحرص القاضي على ذكر المرسوم الرئاسي الذي نشرها.

والحقيقة، أن القرار منشور جزئيا، ولم نطلع إلا على حيثيات القاضي، فلم يكن بالإمكان معرفة تأشيرات القاضي وادعاءات الأطراف، فقد كانت تفيدنا في معرفته بشكل واضح[3].

ولكن أهم ملاحظة يمكننا إبداؤها هي دور الأطراف في الخصومة. فقد أثارت المحامية بواسطة محاميها الاتفاقية وهو ما نستنتجه من حيثية القرار حيث أشارت إلى أنّ: «(...) (ي.ب) قدم عن طريق الأستاذين (خ.م.أ) و(ي.م) طعنا بالإبطال ضد هذا القرار متمسكة بأنه وتطبيقا للمادة 16 من البروتوكول القضائي المبرم بين الجزائر وفرنسا...الخ.» فهذه مرحلة متقدمة في إثارة المطابقة للاتفاقية وكذا المطابقة للدستور، بما يسمح بتحريكها وإثارتها كوسائل قانونية في المرافعات أمام المحاكم.

إن ذلك يساهم في إنشائها، بما يقوي من ظاهرة الدسترة ضمنيا، فهناك شبه توافق في مضامين الدستور والاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بحقوق الإنسان[4]وحول مفهوم دولة القانون[5].

وقد تمّ رصد مجموعة من القرارات القضائية على مستوى البحوث[1]، ففي قضية مديرة روضة الأطفال (ب.ف) ضد والي ولاية تيبازة الصادرة عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1994/03/20

---

[1]C.E 3 Juillet 1996, Koné, G.A.J.A, 15 Edition, 2005, p747.

[2]C.E, 30 Oct. 1998, Sarran, Levacher et autres, op.cit., p779

[3] وهي ملاحظة عامة، فقد استقرت مجلة مجلس الدولة على نشر قرارات مجلس الدولة مبتورة من بعض فقراتها، وهي ممارسة منتقدة من رجال القانون فهي مساس بحق الدفاع.

[4]Droit Constitutionnel et droit de l'homme. Rapport français au 2ème congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel paris. Aix-en-Provence -1987 – Economica. P.U.A.M.

[5]Danielle Mockle, (Sous la direction de) Mondialisation et Etat de droit, Bruylant, Bruxelles, 2002.

أثيرت مخالفة الاتفاقية الدولية من قبل المدعية، فقد أصدر والي تيبازة قرار بغلق قسم خاص للدراسة أسّسته المدعية مستندا في ذلك الى المادة 10 من الأمر 35/76 التي تنصّ على: «أنّ النظام التربوي الوطني من اختصاص الدولة، ولا يسمح بأي مبادرة فردية أو جماعية خارج الإطار المحدد بهذا الأمر»، في حين تستند المدّعية الى خرق القانون، وخاصة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لا يسما المادة 13 التي تنص على أنّ الدول تلتزم باحترام حرية الأولياء في اختيار المؤسسات التعليمية لأبنائهم، وقد ثبت للمحكمة العليا أنّ الجزائر أصدرت تحفظا على المادة 13 من المعاهدة، وعليه فهذه الأخيرة غير مدرجة في التشريع الوطني ولا تستبعد تطبيق القانون الوطني، حيث يتوجب الحصول على ترخيص لإنشاء مدرسة خاصة وهو لم تقم به المدّعية.

وبالتالي، فإنّ قاضي الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر لم يخالف المعاهدة الدولية التي تحتج بها المدعية، وبالتالي لم يخالف المادة 123 من الدستور.[2]

إنّنا نلاحظ أنّ القاضي الأعلى قد استند في تقرير شرعية قرار والي تيبازة على مخالفة الاتفاقية وعلى الدستورية، مما يبرز اندراجها في كتلة الشرعية الإدارية، ويؤكد، من جهة أخر، على وحدة الكتلة الدستورية.

وقد أكّد القاضي الجزائري على نفس الاجتهاد القائم على الاستناد الى السمو الدستوري للمعاهدات ليقضي بعدم الشرعية عموما، حيث أنّ في قرار صادر عن محكمة بئر مراد رايس الفاصل في القضايا الاستعجالية[3]، حيث يطلب المدعي تنفيذ الإكراه البدني على المدعي عليه لامتناعه عن تسديد الدين الثابت، وجاءت الحيثيات على النحو التالي: «حيث أنّ المادة 11 منالعهدالدوليالخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنصّ على أنه لايجوز سجن أي انسان لعجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي.

حيث أنّ الجزائر قد وافقت على هذا العهد بموجب القانون رقم 67/89 المؤرّخ في 1989/04/25 المتضمن الموافقة على العهد الدولي، منا انضمت إليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 1989/05/16.

---

[1] منعة جمال، نفاذ المعاهدات في النظام القانوني الجزائري.

[2] نفس المرجع، مذكور في الصفحة 88.

[3] قرار مجلس قضاء الجزائر، رقم القضية: 763/2001، بتاريخ 2011/04/11، رقم الفهرس 196/2011. (حسب معطيات الوثيقة المحصّل عليها).

حيث أنّه بمجرد انضمام الجزائر لهذا العهد أي الاتفاقية فإنّه أصبح ملزما لها باعتبار أنّ أعلى قمة في الهرم القانوني هي الاتفاقيات والمعاهدات الدولية إذ أّن المادة 132 من الدستور تنص على أنّ المعاهدات والاتفاقيات تسمو على قانون الإجراءات المدنية وعليه الواجب التطبيق».

لا تترك الحيثية أي شك حول تفكير القاضي عموما بإدراجه الاتفاقية في دائرة الشرعية، استنادا الى الدستور.

ونجد نفس الاجتهاد في المادة الجنائية ففي قرار للمحكمة العليا[1] «حيث أنّ من بين الأوجه المثارة من المدعين ما تعلّق بانعدام الأساس القانوني حيث أنّه تمت مصادرة السيارة المزورة والمبالغ المحجوزة دون ذكر النصوص القانونية، وخاصة المادة 246 من قانونا لصحة وعليه يعتبر هذا انعدام الأساس القانوني ويترتب عليه النقض»، وقد ردّ القاضي في مسألة المبالغ المالية المحجوزة من قبل الضبطية القضائية حصل عليها المتهمون من خلال بيع المخدرات، وحيث أنّه في هذا الصدد تنص اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية الموافق عليها بفيينا في 1988/12/20 على أنّه: «يتخذ كل طرف م اقد يلزم من تدابير للتمكين من مصادرة المتحصلات من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الاولى من المادة الثالثة، والمتمثلة في قضية الحال في المتاجرة بالمخدرات وحيث تمّت المصادقة على الاتفاقية المذكورة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 41/95 المؤرخ في 1995/01/28».

وليواصل القاضي في الحيثية التالية تأسيسه حيث اعتبر أنّه: «بما أنّ المادة 132 من الدستور تقر صراحة أنّ المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها تفوق القانون الساري المفعول وتصبح بالتالي جزء من التشريع الجزائري»، حيث تعد مصادرة المبالغ المالية "اجراء قانوني في حد ذاته حتى ولم يذكر قضاة الموضوع فعلا النص الواجب تطبيقه...". يُبرز تأسيس القاضي اعتبار المعاهدات كجزء من الشرعية ككل، بل وتصلح أن تعوض غياب النص الداخلي، كما في هذه القضية. والحقيقة، أنّ استناده للمادة 132 من الدستور، وصياغة الحيثية تظهر تفكير القاضي، وأخذه بالدستورية.

ويمكننا التأكيد على الأخذ بالاتفاقيات واعتبارها جزءا من الشرعية الإدارية أصبح أمرا عاديا، بالنسبة للقضاة، وخاصة قضاة المحاكم والمجالس، وهكذا، فقد سجلنا الأخذ بالاتفاقية في أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية للأغواط[2]، في قضية رئيس المجلس الشعبي الولائي حيث استند القاضي

[1] قضية (م.ع ومن معه) ضد (ن.ع)، منشورة في المجلة القضائية العدد: 2000/2، ص 206.

[2] سبقت الإشارة اليه، أمر استعجالي رقم 1، ص 11.

الإداري الى المادة 35 من بروتوكول العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حيث ذكّر المادة التي تقضي على أنّه: «يكون لكل مواطن (...) الحقوق التالية (...) يشارك في إدارة الشؤون العامة،إمّا مباشرة وإمّا بواسطة ممثلين يختارون في حرية؛ أن ينتخب وينتخب (...)، أن تتاح له (...) فرصة تقلد الوظائف العامة».

تُظهر القرارات القضائية المستدلّ بها، والتي أمكن الحصول عليها، استمرارية القضاء عموما. والقاضي الإداري في تبني هذا الاجتهاد، سواء كان ذلك في ضل دستور 23 فبراير 1989، وكذا في ضل دستور نوفمبر 1996. فرغم التباعد في فترات الزمنية لتلك القرارات فإنّ ذلك فلم يصب وحدة تفكير القاضي، بل نلاحظ، أنّه، قد استثمر في مضمون الاتفاقيات ليتجاوز قصور التشريع الوطني وبالتالي تحيينه على ضوء عولمة القيم والمعايير، وبل استعمالها في حالة الفراغ التشريعي.

وقد عضّد المشرع هذا التوجه، بمناسبة إصدار قانون الاجراءات المدنية والادارية[1]، وأعطى للقضاة خصوصا والمتقاضين عموما إمكانية الدفع بالاتفاقيات الدولية في حالات النقض أمام الجهات القضائية العليا، فقد نص في المادة 358 الفقرة السابعة:"لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: "- **مخالفة الاتفاقيات الدولية**"

ويكون المشرع قد طبق حكما دستوريا بأن أدرج احترام المادة 132 منه ضمن القانون، بما يزيل من غموض أو تردد قد يرد على إرادة أو فهم القاضي. فهو لم يترك مجالا لاجتهاد القاضي السامي، وهو بذلك يكرس الاجتهادات التي قام بها القضاة على مستوى المحاكم والمجالس القضائية الدنيا. من جهة أخرى، يزيل فهما وتفسيرا سائدا حول مضمون المادة 147 التي تنص على: "لا يخضع القاضي إلا للقانون."، فهو بالتالي يخضع للمعاهدات والدستور.

نستخلص، أنّ مسار التراكم قد سجّل شوطا معتبرا، والذي قد يتزايد بحكم التطورات اللاحقة، وخاصة على مستوى المبادرة بتعديل الدستور، أو باجتهاد القاضي عموما، والقاضي الإداري، خصوصا.

وقد كانت مرحلة التراكم، في الحقيقة، متزامنة جزئياً، مع انتشار الدسترة، بالأخذ بالمعايير الدستورية، وخاصة من قِبل السبطات العمومية، وخاصة، القضاء (المبحث الثاني)

[1] القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية .

المبحث الثاني: اندماج الدستور في طائفة الشرعية

تم الإقرار والاعتراف بمعيارية الدستور من قبل القاضي الإداري عبر آليات (مطلب الأول)، والتي أدّت الى خلق طائفة دستورية مندمجة في الشرعية الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آليات التأثير

تم التأثير الدستوري عبر آليات حيث تم تكريس معيارية الدستورية من قبل القاضي الإداري على أسس (الفرع الأول)، وليؤثر ذلك في أدوات إقامة الشرعية الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أسس التأثير

تمّ التأثير على أساس القوة الإجبارية لآراء وقرارات المجلس الدستوري (الفقرة الأولى)، وكذا على أساس الوظيفة الدستورية للقاضي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القوة الإلزامية لآراء وقرارات المجلس الدستوري

أكّد المجلس الدستوري على قوة آرائه وقراراته (1). لتخلق آثارا على المسار التشريعي (2).

(1) ارتبط التساؤل على القوة الإلزامية القانونية بمدى معيارية النص الدستوري.

فقد ثار نقاش، في النظام الفرنسي، حول القوة الإلزامية لقرارات المجلس الدستوري، حيث انتهى الى أنّ قرارات المجلس الدستوري تكتسب قوة الشيء المقضي فيه[1]، وأنّ خرق القرارات الإدارية لذلك، يشكّل حالة عدم دستورية، وبالتالي، فيمكن للقاضي الإداري أن يقرر الغاءها[2].

وأدى ذلك الى سلسلة من النتائج، أهمها، أنّها تعدّ أساسا وسندا لعدم المشروعية، وأساسا لطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، ويمكن أن ترتب مسؤولية الإدارة.

[1]L. Favoreu, Renoux, Le Contentieux constitutionnel des actes administratifs, Edition, Sirey, 1992.
[2]Op.cit.

والحقيقة أنّ النقاش ما زال قائما، والتساؤلات والإجابات عنها متدرّجة، حيث يرى الأستاذ Renoux، أنّ: "مجلس الدولة، لم يعط للقاعدة العامة الموضوعة من المادة 162 من الدستور بعدا حقيقيا"[1*]، وإن كان هذا الحكم الدقيق قد تطوّر، بسرعة، حيث أصبح أثر هذه القرارات أكيداً[2].

وقد أصبح أثر هذه القرارات أمرا عاديا، حيث أظهر الأستاذG. Drago في رسالته[3] الأثر على جميع السلطات خاصة على القاضي وعلى الإدارة، وقد أصبح أمراً مدرساً في المراجع العامة[4].

وقد لاحظ الباحثون الأثر الكبير للدستور، خاصة في القانون الخاص، ومن قبل قضاته، وخاصة، محكمة النقض[5].

وبالنسبة للجزائر تكتسي آراء وقرارات المجلس الدستوري قوة الشيء المقضي فيه ف: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أنّ نصّا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص آثره، ابتداء من يوم قرار المجلس". (المادة 169). فإنّ لها أثرا فوريا، ولا يمكن إصداره.

والحقيقة فإنّ ذلك الأثر غير موجود بالنسبة للرقابة التي تكون سابقة عن صدوره، فهو يمنع إصداره، والأمر ينطبق، خصوصا، على القوانين العضوية الخاضعة للرقابة والدستورية السابقة والاجبارية.

وقد أكّد ذلك المجلس الدستوري، ووضح وأضاف أنّ: "(...)، قرارات المجلس الدستوري تكتسي الصبغة النهائية، وذات الأثر الفوري، وتلزم كل السلطات العمومية".

فهذه الحيثية التي جاءت على سبيل التصريح والتذكير[6] تكرّس الطابع النهائي لقراراته، فهي غير قابلة لأي طعن، وترتب آثارها في مواجهة جميع السلطات العمومية، فهي ملزمة، وكذا ما جاء في القرار رقم 01 بتاريخ 6 غشت سنة 1995 يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخاب.

---

[1]Renoux Thierry, Autorité de la chose jugée ou autorité de la ConstitutionA propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel.

[2]Joël Andriantsimbazovina, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français,

[3]Guillaume Drago, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des Lois, Economica, P.U.A.M 1991.

[4]Guillaume Drago, le droit administratif.

[5] Olivier Desaulnay, L'application de la Constitution par la Cour de cassation, Nouvelle Bibliothèque Thèses,

[6] بيان 25 يوليو 1995 في: أحكام الفقه الدستوري الجزائري، ص 53، نشرية المجلس الدستوري.

إن آثار هذه القرارات والآراء تتعلق بالنصوص محل الرقابة الدستورية، فالقاضي الدستوري ملزم باحترام قراره، كما يبينه من خلال ذلك التذكير الشهير، فهو ملتزم بآرائه وقراراته ما لم يجري تعديل على الدستور، وقد أكّده القاضي في قراره المتعلّق بالانتخابات[1] حيث عاود التقرير بعدم دستورية نفس الحكم التشريعي المتعلّق بالجنسية الأصلية لزوجة المترشح لرئاسة الجمهورية على أساس مبدأ المساواة.

وقد حدد القاضي الدستوري مدى هذه القوة انطلاقا من ذلك البيان عندما صرّح أنّ: "قرارات المجلس الدستوري، ترتب، بصفة دائمة، كل أثارها، ما لم يتعرّض الدستور للتعديل، وطالما أنّ الأسباب التي تؤسس منطوقها لازالت قائمة".

فالأمر يتعلّق باحترام آرائه وقراراته من جميع السلطات العمومية فيما يتعلّق بالأسباب القانونية التي تضمنتها الحيثيات من حيث المبادئ المثارة التي عبّر عنها بـ: "الأسباب التي تؤسس منطوقها (...)" ما لم يتغيّر بفعل تعديل دستوري، ومثال مبدأ المساواة فيما يتعلّق بجنسية الزوجة، فلم يتغيّر المبدأ ليتغيّر قرار المجلس في منطوق.

فقد ذكر المجلس بـ "القرار رقم 01 ق.ق.مد. المؤرخ في 18 محرّم عام 1410 الموافق 20 غشت والمتعلق بالنظر في مدى دستورية بعض أحكام القانون 89-13 المتضمن قانون الانتخابات، ولا سيما المادة 108 منه في فقرتها التالية المتعلّقة بشرط ارفاق طلب الترشح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المعني، والذي قضى بعدم دستوريته".

وبعد استناده الى احكام المادة 159 من دستور 1989، أضاف: "وعليه فإنّ قرارات المجلس الدستوري تكتسي الصبغة النهائية وذات الأثر الفوري، وتلزم كل السلطات العمومية، وليضيف في الحيثية التالي أنّ: "(...) أنّ قرارات المجلس الدستوري ترتب، بصفة دائمة، كل آثارها، ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أنّ الأسباب التي تؤسس منطوقها ما زالت قائمة".

وقد عاود المجلس التأكيد على قوة آرائه وقراراته، وقد كان الأمر يتعلّق بنفس النقطة، وذلك في سلسلة آرائه الأخيرة حيث ذكر في حيثيته رأيه الأخير المتعلّق بالأحزاب السياسية[2] أنّه: "اعتبار أنّ المشرّع باشتراطه الجنسية الأصلية في العضو المؤسس للحزب السياسي، يكون قد تناول موضوعا سبق

---

[1] القرارات المتعلقة بمراقبة القانون العضوي المتعلق بالانتخابات بتاريخ 1997 و2002.

[2] رأي رقم 01/ر.م.د/12 مؤرخ قفي 17 صفر عام 1433 الموافق لـ 08 يناير 2012، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق بالأحزاب السياسية، للدستور.

للمجلس الدستور أن فصل بالرأي رقم 01.ر.ا.ق.عض/م.د المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 06 مارس سنة 1997 والمتعلّق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، بعدم مطابقة هذا الشرط للدستور، استنادا الى المادة 30 من الدستور، (...)".

ليؤكد على قوة الرأي وليواصل على أنّه: "واعتبارا لما سبق، يتعيّن التذكير بأنّ آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وغير قابلة للطعن، وترتّب آثارها طالما أنّ الأسباب التي استند اليها في منطوقها لا زالت قائمة، ولم تتعرّض تلك الأحكام الدستورية للتعديل".

وليتجدّد وليتكرّر في رأيه المتعلّق بالقانون العضوي للإعلام[1] ف: "اعتبارا أنّه سبق للمجلس الدستوري (...) أن أصدر الرأي رقم 01.ر.ا.ق.عض (...) الذي توصل إلى أنّ اشتراط الإقامة المنتظمة في الجزائر من قبل المشرع غير مطابق للدستور بالنظر الى المادة 44 منه، فهو: "(...) يتعيّن التذكير بأنّ آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية غير قابلة للطعن، وترتب آثارها طالما أنّ الأسباب التي استند اليها منطوقة لا زالت قائمة، وما لم تتعرّض تلك الأحكام الدستورية للتعديل".

وقد قرر المجلس الدستوري ورتّب حماية لآرائه وقراراته، فبمناسبة الرأي المتعلق بالقانون العضوي للانتخاب[2]، نصّ في احدى حيثياته على: "(...)، أنّ المشرع بنصّه في الفقرة الثانية من المادة 172 على أنّ جميع الأطراف المشاركة في العملية الانتخابية تلتزم بقرارات هذه اللجنة، قد جعل قراراتها نافذة في مواجهة المؤسسات والهيئات الأخرى بما فيها المجلس الدستوري والجهات القضائية وفي ذلك مساس بالدستور وبمبدأ الفصل بين السلطات".

فيُعدُّ هذا التنصيص حماية وتحصينا لها من أي مساس بقوتها وحجّيتها.

وأكّد المجلس الدستوري في النظام الأخير المحدّد لقواعد عمله[3] أنّ: "آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة للكافّة" (المادة 54).

(2) وبغض النظر عن هذا التنصيص والتأكيد من قبل المجلس على قوة آرائه وقراراته، فإن تأثيرها قد امتد، بصفة مباشرة دون تدخله، لا من حيث الإخطار ولا من حيث الادعاء أمام جهة فض النزاع.

---

[1] رأي رقم 02/ر.م.د/12 مؤرخ في 14 صفر عام 1433 الموافق لـ 08 يناير 2012، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق بالإعلام، للدستور.

[2] رأي رقم 03/ر.م.د/11 مؤرخ 27 محرّم عام 1433 الموافق 23 ديسمبر 2011 يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخاب، للدستور.

[3] النظام المحدّد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد: 26، بتاريخ 03 مايو 2012.

وابتداء، فإن النصّ الدستوري تضمّن موادا وأحكاما تقضي باحترام الدستور عموما، مما يعدّ سندا وأساسا يعتمد ويحتجّ به للدعوة الى احترامه وعدم مخالفته نصّا وروحا من قبل الجميع، فقد نصّت المادة 2/60 دستور 28 نوفمبر 1996 على أنّه: «يجب على كلّ شخص أن يحترم الدستور وقوانين الجمهورية»، والتي تقابها نص المادة 74 من دستور 22 نوفمبر 1976 التي تنصّ: «على كل شخص احترام الدستور، والامتثال لقوانين الجمهورية وتنظيماتها».

وهو نفس ما ينصّ عليه الدستور الإسباني في مادته التاسعة الذي ذكر بها القاضي الدستوري الاسباني في احدى قراراته[1]، والتي تنصّ على أنّ: «المواطنين والسلطات خاضعة للدستور ولباقي النظام القانوني»[2].

والحقيقة، وإنّه وإن كان هذا النص الدستوري عاما، ومؤثّرا، فإنّه قد لا يُحدِث أثرا مباشرا كما هو شأن آراء وقرارات المجلس الدستوري، فقد أحدثت آثار بدون رقابة دستورية.

فقد أثرت على مضمون القانون في مرحلة اعداده من حيث الالتزام بقرارته من حيث تأسيسه دستوريا إمّا بإلغاء مواد في مشاريع القوانين أو التأكيد عليها بالنظر لاجتهاد المجلس الدستوري، يظهر التأثير ابتداء في التأثير على عملية التشريع، عندما يتعلّق الأمر بإعداد القانون، فهي كما عبّر عنها Molfessisبـ: "الفعلية المثلى" l'effectivité idéale، فهي: «الفعلية الصامتة، بدون نزاع، فهي تؤثّر في مصدر الأول، أي القانون»[3]*.

وقد يمتدّ، مبدئيا، وعلى أساس فرضية قوية، الى التأثير على العمل الحكومي، وخاصة، بالنسبة للجزائر، على مستوى الأمانة العامة للحكومة، وهي الطريقة الفعالة لضمان تأثير الدستور فـ: «توقع الرقابة الدستورية من قبل الهيئة الحكومية يسمح بإدراج اجتهاد المجلس الدستوري فيما يتعلّق بالمتطلبات المرتبطة بمضمون القانون»[4]*، وسنورد التأثير والدليلين كما يلي، يتعلّق الأول بأثر آرائه ويتعلّق الثاني

---

[1]Arrêt N°15/1982, tribunal constitutionnel espagnol in : "les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes", sous la dir de P. Bon/D. Mauss, 2008, Dalloz, p79.

[2]«Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et au reste de l’ordre juridique».

[3]Molfessis Nicolas, l'irrigation du droit par les décisions du conseil constitutionnel, Revue pouvoirs-105, année 2003, p91.

* الترجمة للطالب بتصرّف

[4]Duprat J.P. Répartition des compétences normatives et application de la loi, A.I.I.C, 2006, P.U.A.M, Economica, p540

بأثر قراراته، فبمناسبة مناقشة النواب (المجلس الشعبي الوطني) لمشروع القانون العضوي للأحزاب[1] اقترح النواب تعديلا لحذف المادة 44 من مشروق القانون الذي ينصّ على: «تجريد منتخبي الحزب السياسي من عهدتهم الانتخابية في حال حل الحزب السياسي قضائيا»، فقام رئيس المجلس الشعبي الوطني بالتذكير: «بأنّه لا يمكن التمسّك بالمادة لأنّ المجلس الدستوري فصل رسميا وبشكل نهائي في قضية حل الأحزاب ومصير منتخبيها (...)»، وقد استند مقرر اللجنة[2] الى: «(...) رأي المجلس الدستوري رقم 12/1 المؤرخ في 14 صفر 1433 الموافق 8 يناير 2012 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور الصادر في الجريدة الرسمية (...) الذي يقضي بعدم دستورية المطة الرابعة من المادة 73 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية (...)» التي تنص على تجريد منتخبي الحزب السياسي من عهدتهم الانتخابية، وقد تبنّت اللجنة ذلك، وصوت المجلس على حذف هذه المادة.

وأمّا الدليل الثاني الذي نورده على تأثير قرارات المجلس الدستوري فهو ما تعلّق بتأثير قرار محافظة الجزائر الكبرى على قوانين البلدية والولاية، فبغضّ النظر عن منطوق القرار الذي قضى بعدم دستورية أمر 97-14 والمتضمن النظام الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى، فقد أحدث أثارا غير مباشرة، فقد أسّس المجلس اللامركزية على أسس دستورية لم يُشر لها سابقا، فهو قضى بعدم الدستورية على أساس المواد الدستورية التالية: المواد 15 و16 و18 و101 و159، فهو بذلك يمنح للامركزية أسسا دستورية انطلاقا من النص الدستوري، وقد كان سبق له أن أشار اليها في قراريه المتعلّقين بتأجيل الانتخابات المحلّية لسنة 1989، فقد استند الى المواد: 15 و16 من الدستور.

ومما يُظهر أثر القرار على المشّرع هو ما جاء في تأشيرات القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية[3] وكذا القانون المتعلق بالولاية[4] حيث ذكر المشرّع في التأشيرات المواد التي استند اليها المجلس الدستوري في قراره حول محافظة الجزائر الكبرى، فهذا المثال يعدّ دليلا قاطعا على تأثّر المشرّع بصفة سابقة بآراء

---

[*] «L'anticipation du contrôle de constitutionnalité au sein de l'instance gouvernement de devrait permettre relatives au contenu de la loi»

[1] الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، الفترة التشريعية السادسة الدولة العادية التاسعة، السنة الخامسة، رقم 287.

[2] لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات.

[3] القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية.

[4] القانون رقم 07/12 المتعلق بالولاية.

المجلس وقرارات وبأحكام الدستور، فهو يُعوّض غياب القدرة على الرقابة الدستورية بحكم عدم منحهم سلطة الإخطار، فهو تأثير لاحق لرقابة لاحقة، وقد تأت لنا ملاحظة ذلك، بالمقارنة مع تأشيرات قانون 90–08 المتعلق بالبلدية والقانون 90–09 المتعلق بالبلدية، حيث غابت التأشيرات الدستورية.

أعطى المجلس أهمية قصوى للتأشيرات الموضوعة بعنوان كل نص تشريعي، فإنّنا نلاحظ أنّه يضع في صلب وظيفته الرقابية الدستورية، مراقبة التأشيرات من حيث نقصها أو ترتبها، فيعيد ترتيبها، وسدّ النقص في التأشيرات، فهو يترجم وظيفته في السهر على التأسيس الدستوري من جهة، وعلى الحفاظ وإقامة الهرمية الدستورية.

أدّت آراء وقرارات المجلس الدستوري وظائف عديدة، كما رأينا فيبدو اجتهاده "بنائيا" constructiveعلى مستوى أفقي، فقد أنتج معايير دستورية تمسّ عدة قوانين، وخاصة القانون الإداري، وهو ما يوافق رأي الأستاذ J. Chevallier حيث كتب: «اجتهاد المجلس الدستوري، يُعدّ عنصرا من القانون الإداري، في حد ذاته، مندمج فيه»[*1].

الفقرة الثانية: الوظيفة الدستورية للقاضي.

تطوّر أخذ القاضي بمعيارية الدستور على أساس مستقلّ عن تأثير النص الدستوري، وآراء وقرارات المجلس الدستوري (1)، ليستند، في مرحلة لاحقة، على الوظيفة الدستورية للقاضي (2).

(1) إن إسهام القاضي الإداري في الدسترة سابق على الطور الأخير لها، وقد ظهر، كما رأينا، في قرار المجلس الأعلى S.A.I.D، فهو أول قرار يعترف بمعيارية وبالطابع القانوني للدستور، كاستجابة، في الحقيقة، إلى تأسيس الرقابة الدستورية والتي عهدت إلى المجلس الأعلى في ظل دستور 1963.

وقد لقيت مسألة القانونية (المعيارية) اهتمام قانونيا لدى واضعي النصوص، بحكم ضرورة وجود التفسير، ومن يملك الشرعية في ذلك، مما أدى إلى التنصص عليه، فقد نص على ذلك، في ظل دستور

[1]Jacques Chevallier,
[*] «La jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît (…) comme un élément du droit administratif lui-même, intégré à ce droit», 38

22 نوفمبر 1976 حيث قضت بأن يكون تفسير أحكام الدستور على ضوء الميثاق الوطني[1]، والذي وجد صدى لدى للحزب الواحد عندما أوصى بضرورة إقامة رقابة دستورية.

وفي ظل غياب هيئة مكلفة بالرقابة الدستورية التي تملك سلطة تفسير الدستور، لم نعثر في هذه الحقبة على قرار قضائي يظهر محاولة القيام بذلك ولكن التفسير كضرورة، أنتج أثر في قرار مهم لقي تعليق رجال القانون، وخاصة العميد أحمد محيو[2]حيث اضطر القاضي الإداري (الغرفة الإدارية) إلى اللجوء "مهمته الدستورية" المتمثلة في حماية المكتسبات الثورية والثورة الاشتراكية عندما استند إلى "مهام السلطة الثورية في إطار معركة الإنتاج والإنتاجية" لتبرير اختصاصه في قرار سمباك.

وبتأسيس المجلس الدستوري للقيام بمهمة الرقابة الدستورية، الذي قام على أساس تصور قائم على احتكاره لتلك المهمة بنفس تصور Kelsen[3]، ولكن التطورات في النظم المقارنة، وخاصة في النظام الفرنسي، أدت إلى مجموعة من التساؤلات من قبل رجال القانون حول مدى معيارية الدستور، وهل القاضي الإداري قادر على الإسهام في الإجابة على ذلك السؤال. وقد كانت بداية الإجابة على ذلك السؤال من قبل الأستاذ Chapus عندما اعتبر أن "مجرد وجود تأشير للدستور (من قبل القاضي الإداري) يعتبر مؤشر على ذلك"[4*]، وقد أشرنا إلى إثارة قاضي الغرفة الإدارية في قرار S.A.I.D إلى المادة 10 من دستور نوفمبر 1963.

وقد سجلت سلسلة من المواقف من قبل رجال القانون الفرنسيين حول السلطة المعيارية للقاضي، وفي مدى إمكانية أخذه بالمعايير الدستورية، وبالتالي إسهامه في تجسيد الدستور، فقد اعتبر الأستاذ رائد المدرسة الدستورية الحديثة Favoreu بأن:" كل المعايير الدستورية تتعلق بالتطبيق المباشر، وهي ليست في حاجة لواسطة القانون لتصبح عملية"[5].

---

[1] المادة: 06: «الميثاق الوطني مرجع أساسي أيضا لأي تأويل لأحكام الدستور».

[2] Note. Mahiou sous arrêt .S.N. SEMBAC C/L'O.A.I.C, R.A.S.J.E.P.1981., N°2

[3] H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », R.D.P ; 1988.

[4] R. Chapus, « De La soumission au droit des règlements autonomes», Dalloz, 1960, P22.

* «le Simple Visa de la constitution (par le juge administration) est révélateur».

[5] L. Favoreu, La constitutionnalisation du droit, Mélanges DRAGO, 1992.

* toutes les normes constitutionnelles sont d'application directe et n’ont pas besoin du relais du droit pour être rendues opérationnelles.

ويرى الأستاذ Chapus نفس الرأي عندما كتب أنه:" على السلطات الإدارية أن تحترمها، ولا يوجد عائق مبدئي ولا أمر غير عادي، أن يبطل عمل إداري (وخاصة إلغاؤه من قبل القاضي الإداري) لعدم تطابقته لحكم من الدستور أو مبدأ مكرس من قبل المجلس الدستوري"[1].

وقد كان رأي نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي متحمّسا حيث خلص الى أنّ، بعد سلسلة من التساؤلات، التي ينتقد فيها الترددات الى: "تبني الدستور من قبل الجهات القضائية وأطراف النزاع (...)"[2*].

ويتميز موقف Molfessis بنوع من عدم الحماس فهو يرى أن قرارات المجلس الدستوري تبقى ظاهرة بأثر قانوني ضعيف، بحكم أنها تتركز أساسا في إطار مسار سياسي لتحضير القانون".

وبالتالي، فهو يرى أنّه لتكون القرارات مؤثرة على باقي فروع القانون، "فيجب أن تصبح جزءا من مسار القرار أمام القاضي الإداري أو القضائي"[3].

وليحصل نوع من التوافق يلخصه الأستاذBéchillonبكتابته أنّ:"ضمانة الدستور لا تهم القضاة المذكورين كقضاة دستوريين حصرا"[4]، فالقاضي الإداري، يملك سلطة اللجوء إلى الأحكام كما الأفراد"، فهل الأمر كذلك في النظام الجزائري؟

كانت بداية الإجابة على ذلك ما جاء في القرار الأول للمجلس الدستوري[5] عندما قرر أنّ:"(...) أيّة اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتحول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، (...)".

---

[1] Chapus (R), Droit administratif général, Montchrestien, n° : Edition 1995 ; p27.

* «des autorités administratives Les respecter et il n'y aucun obstacle de principe, ni anomalie à ce qu'un acte administratif soit censuré (et notamment annulé par le juge administratif pour cause de non-conformité à une disposition de la constitution ou un principe consacré par le conseil constitutionnel».

[2] Thierry S. Renoux, Autorité de chose jugée ou autorité de la constitution?. À propos de l'effet. Des décisions du conseil constitutionnel, in: l'équilibre des pouvoirs, p.859.

* « L'appropriation de la constitution les juridictions et les parties au procés»

[3] Molfessis, L'irrigation, p91.

[4] Béchillon, op.cit. p 172, 173.

[5] المبحث الأول، الفصل الأول للباب الثاني.

فإذا اعتبرنا فيما سبق ان الاتفاقية جزء من " البناء الدستوري" استنادا إلى هذه الحيثية، ونظرا لذلك فإننا، يمكن أن نستنتج، أن ما ينطق على الاتفاقية ينصرف إلى باقي الأحكام الدستورية، وبالتالي فإنه يحق للأفراد إثارة تلك الأحكام الدستورية أمام الجهات القضائية.

فالأمر يتعلق بإمكانية الأفراد لإثارة هذه الأحكام أمام القاضي، فمسألة التطبيق المباشر للدستور هي مفهوم يمتلك حسب الأستاذBéchillon، "(...) يمتلك بعداً قضائياً أساسياً، وهو حق كل شخص من أن يطلب من القاضي أن يطبّق المعيار، وهي إلزام للقاضي باستعماله"[1*]. ويؤيّد ذلك الاستاذFavoreu، الذي يعتبر ذلك قاعدة عامة تنصرف الى كل المعايير الدستورية، فحسبه ف: «إنّ كل المعايير الدستورية تتعلّق بالتطبيق المباشر، فهي لا تحتاج الى واسطة القانون لتصبح قابلة للتطبيق»[2*]

وقد لجأ القاضي الإداري، وباستقلالية عن هذا الأساس من القوة الإجبارية لآراء وقرارات المجلس الدستوري، إلى مفهوم النظام العام، ليؤسس لرقابته استنادا إلى الدستور، وقد سبق، وأن أشرنا إلى قضية **عثمان محمد** وأثرها في تحديد وظيفة الإدارة عبر هذا المفهوم[3].

فقد اعتبر القاضي الدستور من النظام العام، في القرار المشار إليه أعلاه، مما يوافق توجها عاما، كما الأمر في كثير من دساتير الدول الإفريقية[4] من حالات النقض المدني أو الجنائي وحتى من النظام العام، لأنها تتعلق بمخالفة من القانون تمس بالمصالح العامة للمجتمع"[5].

وبهذا المعنى، يصبح القاضي الإداري مختص بالنظر في كل مخالفة للدستور، بواسطة مفهوم النظام العام، نظرا لمطاطيته.

---

[1] Bechillon : l'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du conseil d'état, R.D.P, 1991, p97

[*] « la notion posséde,…, une portée essentiellement contentieuse (…), c'est le droit pour toute personne de demander au juge de lui appliquer la norme, c'est l'obligation pour le juge d'en faire usage»

[2] Favoreu Louis, la constitutionnalisation du droit, mélangé, R. Drago, 1996, p30.

[*] « Toutes les normes constitutionnelles sont d'application directe et n'ont pas besoin du relais de la loi pour être rendues opérationnelles ».

[3] الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الثاني.

[4] Voir, Mamadou Demba M'BAYE, Le Juge administratif et la Constitution de l'attractivité Droit Public française dans L'espace africain francophone, Thèse l'Université Montesquieu Bordeaux IV, Ecole doctorat de droit.p.96 et ss.

[5] Cité par Mamadan un baye, p98.

وعموما، فإنّ رجال القانون قد انتهوا إلى الإقرار بأن القاضي الإداري بصفته مفسرا للقاعدة القانونية يمكنه استخراج معايير قانونيته بإعطائها معنى رغم ما يعتري بعضها من عدم الدقة.

وقد كانت المعاهدات الدولية كجزء من البناء الدستوري سندا قويا لتعظيم أثر الدسترة، من خلال أخذ القاضي بها.

وقد لاحظنا أنّ التطور في هذه المسألة كان سريعا في النظام الجزائري، على خلاف الترددات في النظام الفرنسي، حيث تطور "العائق التشريعي" Loi-écranإلى عائق شفاف L'écran transparentحيث يمكن للقاضي الإداري الحكم على دستورية القرارات الإدارية.

وقد رأينا في الأمثلة المذكورة أعلاه، أن القاضي الجزائري قد تجرأ بالذهاب سريعا، بعكس الترددات التي طبعت خطوات القاضي الفرنسي ردحا طويلا، فلم تكن المعايير الدستورية تثار إلا في حالات العلاقات بين السلطات، وليسجل النظام الفرنسي تطورا كبيرا: "حيث أصبحت تلك (المعايير) تدخل في العلاقات بين السلطات العمومية والأفراد، وحتى بين الأفراد"[1].

إنّ هذا الاجتهاد القضائي يدفع القاضي الإداري إلى العمل كقاضي دستورية. فقد أصبحت إثارة الأحكام الدستورية في القضاء، سواء العمل الإداري، أو إثارتها من قبل الأطراف تؤكد الدسترة الزاحفة للقانون الإداري، حيث تعد تلك الاجتهادات القضائية جزء من النظام القانوني للإدارة.

وقد تعززت تلك القدرة على التطبيق المباشر عندما قرر المجلس الدستوري أنّ ذلك يمتد:"(...) خاصة بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1996 المصادق عالية بالقانون رقم 89-88 (...)، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (...)" (القرار رقم 1-ق.ق-مد. مؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 20 غشت ستة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات).

فإدراج فكرة الحقوق والحريات دعم أثر الدستور، وبل فإن البناء الدستوري كله منصب على تلك الحقوق والحريات وبل هو يمثل نواتها الأساسية بدليل أنّ:"(...) تعزيز المبادئ التي تقوم عليها الأمة

[1]Favoreu, op.cit.

الجزائرية، والمستمدة، في جوهرها، من ديباجة الدستور، والفصل الأول من الباب الأول من الدستور، (...)"[1].

فتلك الديباجة وخاصة ما ذكره وركز عليه المجلس في حيثية تأسيسه للمادة 31 مكرر المتعلقة بـ:"توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة يستمد من المطلب الديمقراطي المذكور في الفقرة الثامنة من ديباجة الدستور التي تنص على جميع الموطنين والمواطنات في تسيير الشؤون العمومية وتحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وحرية الفرد والجماعة"(الحيثية من نفس الرأي).

ومما يعزز هذه القناعة بأن ضمانات الحقوق تعد دعما لأثر الدستور وقابليته للتطبيق أنّه اعتبر أنّ:"تجسيد الأهداف الدستورية مثلما يستمد من روح المادتين 31 و31 مكرر من الدستور يقتضي أن يكون كل حكم قانوني (....)، منصبا وجوبا في اتجاه ترقية الحقوق السياسية (للمرأة) وليس في اتجاه تقليصها" (حيثية من نفس الرأي)، وللأهداف الدستورية نفس وظيفة القانون وهي الضمانة للحقوق مما يعزز من انفتاح المبادئ الدستورية.

إنّ أخذ القاضي الإداري بالمعايير الدستورية لم يتأخر، وقد سبق ان أشرنا إلى قرار عثمان محمد، وفي قرار آخر يحيل إلى الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات، مما يظهر التأثر السريع بالدستور، وخاصة فلسفته العامة، وما ترتب عنه من آثار هيكلية على مادة القانون الإداري.

وما يمكن تأكيده أنّ أخذ القاضي الإداري بالمعايير الدستورية، تطور في أسسه التي اعتمدها كقاضي بشكل عام. فقد بدأ تأسيسه على أساس غير مباشر وبشكل مستقل، وليستقر على تأسيسية على أسس دستورية قارة استمدها من قراءته لوظيفته الدستورية:

لقد استند القاضي الإداري، في مرحلة أولى على أساس مستقل، وبطريقة غير مباشرة، على الدستور كأساس لقراراته.

فأمّا التأسيس المستقل الذي نعنيه فهو عدم الاستناد على مواد دستورية في قراراته، ولا الاستناد إلى آراء وقرارات المجلس الدستورية، فلم نعثر في القرارات التي حللناها على مادة دستورية او حيثية لرأي أو قرار، لمجلس، ولم تتم مجرد الإشارة إليها.

---

[1] وأي رقم 08/01 ر.ت.د/ م.د. مؤرخ في 09 ذي القعدة عام 1429 الموافق 7 نوفمبر 2008، يتضمن مشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري.

وقد كان هذا التوجه دأب مجلس الدولة والمحكمة العليا (الغرفة الإدارية) حيث أنه استند إلى مفهومين، وهما: مبدأ الفصل بين السلطات والنظام العام دون الرجوع إلى أي تأسيس دستوري نصّي ولا الى اجتهاد المجلس الدستوري.

فقد أصدرت المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) قرار يتضمن حيثية[1] مفادها أنه لا يحق له (كقاضي إداري) توجيه الأوامر الإدارة استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وقد تكرر الأخذ به لتقرير نفس الحكم فيه قرارات كثيرة بعد ذلك.

وأمّا المفهوم الثاني الذي أخذ به القاضي الإداري هو مفهوم النظام العام[2].

وقد ذكرنا بأنّ مجلس الدولة قد أخذ بمفهوم النظام العام انطلاقا من فلسفة النص الدستوري الجديد لـ 23 فبراير 1989، دون الاستناد إلى موارد دستورية صريحة.

يمكننا أن نفترض أنّ قاضي مجلس الدول متأثر، ليس بالفلسفة العامة التي تحملها الدسترة الجديدة فقط، بل أنّ هناك تأثر بآراء وقرارات المجلس الدستوري الأولى. فقد جاءت قرارا مجلس الدولة، زمنيا، بعد آراء وقرارات المجلس الدستوري، ولكن العامل الحاسم يتمثل في التأثر باجتهاد المجلس الدستوري الذي تمحور، أساس على ترقية مبدأ الفصل بين السطات وحماية الحقوق والحريات، والتي ظهرت مبكرا في القرارين المتعلقين بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني وبالانتخابات أوت 1989.

ومهما يكن، فقد بقي التأثير ضئيلا، ومبعثرا، فلم يحدث آثارا دائمة في اجتهاد مجلس الدولة.

وقد رصدنا بعض قرارات مجلس الدولة التي تأثرت بالدستور خارج اللجوء إلى المفهومين، والتي ستعود إليها فيما بعد[3].

ولكن التطور الأهم من الناحية المبدئية جاء من الجهات القضائية الدنيا، في حين تقهقر اجتهاد مجلس الدولة، بل وبسجلنا ترددا، إن لم نحكم عليه بأنه قطيعة مع الدستور، وقد كان أثر الدسترة أقوى

---

[1] المحكمة العليا (الغرفة الادارية) ح.م. ضد رئيس بلدية الشراقة، المجلة القضائية العدد 03 1994 ص 218.
[2] المطلب الثاني من هذا المبحث الثاني للفصل الأول للباب الثاني.
[3] تناولنا في الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الثاني.

على قضاة الجهات القضائية الدنيا بتأسيس قوي[1]، بحكم التزام بعض القضاة بالوظيفة الدستورية للقاضي (2).

(2) تطور تفكير القاضي الإداري بشكل، يبدو، مستقلا عن قضاء مجلس الدولة، في المرحلة الأخيرة (ما بعد 2005)، مستندا على وظيفته الدستورية في حماية الحقوق والحريات وقد امتد التأثير إلى القضاة العاديين، كما رأينا في قرار أوقاسي ضد جريدة الخبر الأخير[2].

فقد أسّس اختصاصه على أساس المادة 139 من الدستور ليعوّض ضعف اجتهاد مجلس الدولة.

لقد ذكرنا بعض تلك الاجتهادات[3] الصادرة عن جهات قضائية دنيا في المواد الجنائية، والمدنية خصوصا، يستند فيها القضاة إلى الأسس الدستورية مباشرة، مما يظهر جرأة لم تتوفر لقضاة مجلس الدولة الذي سجلنا بعض القرارات القليلة مقارنة بالاستعمال المكثف للدستور من قبل هيئات قضائية هي تحت رقابته.

نستخلص من تحليلنا لمجموعة قرارات صادرة عن محكمة إدارية واحدة[4]، قوة التأثر الذي أصاب تفكير القاضي الإداري، بالنظر للجوء المكثف إلى استعمال مكونات البناء الدستوري، والتي تمكننا من التأكيد على أن التأثير أصبح أكثر انتشارا وعمقا.

فقد اعتدّ قاضي المحكمة الإدارية في عدة أحكام بالوظيفة الدستورية للقاضي (عموما) ليؤسس لأحكامه، ففي أمر استعجالي[5] قضى في إحدى حيثياته بأنّ: «القضاء هو السلطة المكلفة دستوريا بفحص المشروعية وحماية الحريات»، ويقرر قاضي نفس المحكمة في أمر استعجالي آخر بتاريخ لاحق أنّ: «(...) المحكمة ترى أنّ هذا الزعم جاء مخالف لأحكام المادتين 139 من الدستور (...) والمادة 140 (...)».

لقد تطور منطق وتفكير القاضي الإداري في هذه المسألة المتعلقة بأساس وفلسفة اختصاصه، فقد كان يسندها إلى مبدأ الشرعية، في قراراته السابقة، ففي قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)[6] ذكر

---

[1] تناولنا الباب الثاني، الفصل الأول، المبحث الأول.
[2] المحكمة الإدارية للأغواط.
[3] قضية هواري ميهوب ضد أبقشيش، أمر استعجالي بتاريخ 2013/06/27، قرار غير منشور.
[4] نفس القضية، أمر استعجالي بتاريخ 2013/07/18، ص5 منه.
[5] قضية الجبهة الإسلامية للإنقاذ.
[6] قرار الجبهة الإسلامية للإنقاذ.

القاضي أنّه: «الساهر على الشرعية وحامي الحرية»، والذي يؤكد استمرار هذا التصور ما جاء في حيثية قرار القاضيC.S.M ضدقرار المجلس الأعلى للقضاء الذي اعتبر أنّ: «(...) الطعن من أجل تجاوز السلطة (...)»، «يهدف إلى ضمان احترام مبدأ القانونية طبقا للمبادئ العامة للقانون»[1]، ليسندها إلى المادة 139 صراحة في القرار المذكور أعلاه، بعدما كان يشير إشارة بعيدة في قراراته حيث يرى فيه أنه: «الساهر على الضمانات الدستورية» (كان الأمر يتعلق بالقاضي كموظف)[2]. ويعتبر ذلك مرحلة وسيطة في تطور تأثر القاضي الإداري بالدستور، فقد كان ذلك يتم بنوع من التردد في التأسيس والإحالة المباشرة للدستور.

فالأخذ بعين الاعتبار لحقوق الإنسان وضماناتها وفعاليتها يؤدي بالضرورة إلى العودة إلى الدستور، وإلى كل قائمة الحقوق المنصوص عليها، وخاصة تلك التي تبدو غير قابلة للتطبيق. وقد لاحظنا في الأوامر الاستعجالية لمحكمة الأغواط الإدارية استعمال مواد دستورية تبدو بعيدة عن الطابع القانوني من مثل المواد 4 و6 و10 من الدستور. وأعتقد أنّها البداية لإعطائها معنى من قبل القاضي الإداري وباقي المتعاملين القانونيين.

وفي الحقيقة (القانونية طبعا)، نرى أنّ اجتهاد القاضي الإداري الجزائري فاق اجتهاد المجلس الدستوري، فيما يتعلق بتفعيل المواد الدستورية، فقد أصبحت بفضله: «الحقوق الأساسية حاملة لقواعد القانون»، فقد أصبحت بفضله: «الحقوق الأساسية حاملة لقواعد القانون الموضوعي»[3] رغم اجتهاداته الكثيرة في مجال تكريسها. ففي النظام الفرنسي، فإن بعض رجال القانون قد لاحظوا اجتهاد المجلس الدستوري في يتعلق بهذه المسألة، فيرى J. Chevallier أنّ: «المجلس الدستوري، منح قيمة قانونية لأحكام ومبادئ، كنا نعتقد أنها غير قابلة للتطبيق»[4][*].

وقد كان تأسيس الدعوى الاستعجالية لوقف التنفيذ في مجال الحريات الأساسية عاملا إضافيا يندرج في تقوية ظاهرة تأثير الدستور على أحكام القضاء الإداري، فإن مجرد استعمال مصطلح "الحريات الأساسية" هو دعوة لاستعمال الدستور والعودة، في الحقيقة إلى مضمونه.

---

[1] قرار القاضي (المجلس الأعلى للقضاء).

[2] نفس القرار.

[3] Froment Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique du R.F.A, Paris, C.U.J.A.S, 1977, p 55.

[4] Chevallier G. le droit administratif entre droit constitutionnel et science administrative.

[*] «(…) le conseil constitutionnel à donner valeur de droit positif à dispositions que l'on "croyait" à jamais insusceptibles d'application».

ويمكننا الاستعانة ببعض الأوامر الاستعجالية للتأكيد على تلك الفرضية التي ذكرناها من انتشار الأثر الدستوري. فقد ذكر قاضي المحكمة الإدارية للأغواط في أمر استعجالي[1] في 2013/06/27 في قضية هواري ميهوب ومن معه ضد بقشيش علي في حيثية ما يلي أنّ: «القضاء هو السلطة المكلفة بفحص المشروعية وحماية الحريات»، وليضيف في أمر استعجالي آخر في نفس القضية[2] فيذكر في حيثيته ما يلي: «(...) أنّ المحكمة ترى أن هذا الزعم جاء مخالفا الأحكام المادتين 139 من الدستور(...)، والمادة 140[3] (...)». فهو بذلك يضع الحقوق الأساسية في صلب مهمته.

بذلك أصبح، إصلاح قضاء الاستعجال الإداري محركا ودافعا وأداة لتفعيل أثر الدستور وتجسيده في العلاقة بين المواطن والإدارة.

وقد أضحى القاضي الإداري خصوصا والقاضي عموما، يملك أساسا دستوريا وفلسفة لاختصاصه استنادا إلى المادة 139، وهو كما رأينا، يذكرها في صلب حيثياته، وليبرر لها،بشكل عام، وكمبدأ، تدخله، بالإضافة إلى ذكر المواد الدستورية ذات الصلة.

ويمكن أن نستنتج أنّ أساس اجتهاد القاضي قد وجد له في المادة 139 من الدستور أساسا، أي في المهمة الدستورية للقاضي عموما، حيث يستمد منها السلطة، فهي صورة لالتزام بتطبيق القانون حسب نص المادة 147 من الدستور التي تقضي بأن لا يخضع القاضي إلا للقانون، بالمعنى الواسع.

وبالنتيجة يستمد القاضي الإداري وظيفته كحامي للحريات من المادة الـ 139 من الدستور، فإضافة إلى التحديد الدستوري والتشريعي لمضمون الحقوق والحريات فهو مدعو إلى تحديد ذلك المضمون. فذلك سنده في تفسير الدستور على ضوء تلك الوظيفة، مما يقتضي، منطقا الاعتماد على منطق توسيع مجال تلك الحقوق والحريات ولتحديد مضمونها، فالتفسير مرتبط بالنقص والغموض الذي يشوب النصوص القانونية عموما، والنص الدستوري هو أكثر النصوص عمومية وانفتاحا مما يعظم من سلطة القاضي، فهو يتميز بأنّه:"موضوع التناقضات"، ويتسم بـ"العتمة الهيكلية"[4]، «فإذا كانت هيئة قانونية ملزمة بتطبيق

---

[1] أمر استعجالي من ساعة إلى ساعة صادر عن المحكمة الإدارية للأغواط. جلسة 2013/06/27. المدعي ميهوب هواري ومن معه ضد بقشيش علي، غير منشور.

[2] أمر استعجالي في نفس القضية هواري ميهوب ضد بقشيش، بتاريخ (2013/07/18) غير منشور.

[3] المادة 140: الكل سواسية أمام القضاء، منشور في متناول الجميع ويحدسه احترام القانون".

[4] Aguila, op.cit.

القانون، فيجب، بالضرورة، أن تقيم معنى للمعايير التي يعود لها مهمة تطبيقها، فيجب عليها تفسير تلك المعايير، بالضرورة»*

وقد استعمل القاضي (مجلس الدولة) تفسيرا مجتهدا في قرار CSM (المجلس الأعلى للقضاء)، فقد قضت المادة 2/99 من القانون الأساسي للقضاء واعتبرت أن قراراته غير قابلة للطعن، ورجحت القاضيةتفسيرا آخر على أساس أنّ الطعن بالإلغاء من المبادئ العامة للقانون، وقد لجأ إلى التفسير بالاستناد إلى الدستور في قرار **سعيدي رابح** ضد رئيس الحكومة[1]، وكذا في قرارات أخرى، سنتناولها في حينها.

ويمكن للقاضي أن يفعل الدستور في حال الفراغ التشريعي ويمكن أن نضرب مثلا بقانون الوظيف العمومي.

فقد استعان القاضي الإداري ضمنّيا بالمادة 122 عندما ذكر في حيثيته:"الضمانات التي يتمتع بها القاضي كأي موظف "بالإحالة الضمنية إلى الفقرة 26 من المادة 122 التي تنصّ على اختصاص المشرع بـ:" الضمانات الأساسية للمواطنين"، والقانون الأساسي العام للوظيف العمومي، فنلاحظ أن تلك الاستعانة جاءت في غياب قانون الوظيف العمومي الذي صدر بعد ذلك في سنة 2006[2].

وإنّ من الوسائل التي يمكن أن يستعين بها القاضي في تفسيراته للقانون تلك التحفظات التي قدمها المجلس الدستوري. وإلا:" فإن غياب التأثير الممكن لاجتهاد المجلس الدستوري يحرمه من أي أثر فعلي لقوة الشيء المقضي فيه"*[3].

فينبغي: «لهذه التحفظات التفسيرية (...) التي ينبغي لها أن تتبع بأثر أمام القاضي العدلي أو الإداري، لتوجه تفسيرهم للقانون»*[4].

* « Si un organe juridique doit appliquer Le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes».

[1] سنعود له في الفصل الثاني، في هذا الباب الثاني وأثره على مفهوم التنفيذ.

[2] الأمر 06-06 المتعلق بالوظيف العمومي.

[3]Béchillion, les cahiers du conseil constitutionnel, p100.

* « L'absence d'influence possible de la jurisprudence du Conseil constitutionnel prive d'intérêt pratique la recherche de l'autorité de ses décisions»

[4]Ibid, p101.

دفع ذلك الأستاذ Béchillon إلى أن يرى: «أنّه يعود للسلطات الإدارية والقضائية المختصة بتطبيق القانون، (...) حسب تحفظات المجلس الدستوري التي أبداها ليقضي بقبول مطابقتها للدستور»[*1]، والتي يرى أنّها ضئيلة في النظام الفرنسي. ففي النظام الفرنسي، فلا يمكن إثارة تلك القرارات فيما يتعلق بنصوص قانونية، إلا إذا تشابهت كما يقره المجلس الدستوري الفرنسي (قرار 8 جويلية 1989)، في الموضوع، فيقضى القاضي بعدم دستوريتها.

وقد امتد التأثير المجلس الدستوري إلى منهجية وطريقة تفكير القاضي الإداري. فقد استند قاضي المحكمة الإدارية بالأغواط في حكمة[2] عندما صرح: «أنّه، ومن باب الاستئناس والمقاربة والمقارنة (...)، فإن المجلس الدستوري في إعلانه رقم 01/أ.م.د./99 المؤرخ في 1999/04/20 المتعلق بنتائج انتخاب رئيس الجمهورية (...) قد حصل على الأغلبية المطلقة للأصوات (...)ليدحض به طريقة الإدارة المعتمدة على الأغلبية المطلقة للمقاعد» لانتخاب رئيس المجلس الشعبي الولائي تطبيقا لتعليمة وزير الداخلية[3].

ونرى أن مسألة التفسير، بالنسبة للقاضي الإداري مقيدة بتفسير المجلس الدستوري، وهذا يبدو أمرا بديهيا ومكرسا. فيمكن للقاضي اعتماده وليس مجرد الاستئناس به رغم تكاثر المفسرين[4]، فإن تفسير المجلس الدستوري هو الذي يجب اتباعه، ما دامت "نفس الأسباب"، ولم "يعدّل الدستور"، فهو بذلك يقضي على إشكالية تعدد التفاسير.

ويعدّ ذلك متطلباً أساسياً لتنتج الدسترة أثرها، وهي أن يتوافق الفاعلين على الأخذ بتفسير المجلس الدستوري، وبالتالي: «(...) فإنّ التفسير لا يكون سليما إلا إذا كان مقبولا من جميع شركائه»[*5].

أثّرت هاته العوامل في دعوى الشرعية كحامل أساسي للدسترة وانتشارها.

---

[*] «(…) les réserves d'interprétation(…) qui devraient être suivies d'effet devant le juge judiciaire ou administratif, pour guider leurs l'interprétation du droit»

[1]Ibid.

[*] «Il appartient aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes d'appliquer la loi, le cas échéant, sous les réserves que le Conseil constitutionnel a pu être conduit à formuler pour en admettre la conformité à la Constitution»

[2] حكم المحكمة الإدارية للأغواط (الغرفة الأولى). قصة هواري ميهوب ضد والي ولاية الأغواط، بتاريخ 2013/06/12، غير منشور.

[3] التعليمة رقم 3560 الصادرة بتاريخ 2012/12/06 الصادرة عن وزير الداخلية.

[4] Vedel, L'apport du conseil d'Etat à la jurisprudence du conseil constitutionnel, mélanges Chapus, 1992

[5]Ouled boubout, p62.

[*] « L'interprétation n'est valide que s'il accepté par tous ses partenaires»

الفرع الثاني: تأثير في أدوات إقامة الشرعية.

يمكن تأكيد على تأثير الدسترة، على أدوات إقامة الشرعية (فقرة الأولى)، وإن كان لذلك التأثير حدود (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التأثير في أدوات الشرعية

يمتدّ ذلك التأثير الى دعوى الشرعية (1)، ونتيجة للخضوع المباشر والمبدئي للتنظيم للدستور (2).

(1)أكسبت الدسترة دعوى الشرعية خصائص إضافية وقوية ستمنحها كثافة وأثر في إغناء الشرعية.

فقد أصبحت الأحكام الدستورية واجتهادات المجلس الدستوري إحدى وسائل الشرعية التي يستعملها القاضي الإداري والتي أوجدت حركية وتأثيرا على تفكير القاضي.

نرى أن قوة وحجية آراء وقرارات المجلس الدستوري إحدى وسائل الشرعية التي يستعملها القاضي الإداري والتي أوجدت حركية وتأثيرا على تفكير القاضي.

والحقيقة، أنّ قوة وحجية آراء وقرارات المجلس الدستوري تجاوزت النقاش الذي ثار في فرنسا، فيما يتعلق بنفس الموضوع[1].

وكان قد رصد الأستاذ ولد بوبوط إمكانية هذا التأثير وأقر بأنّه: «ليس من المبالغة القول أنّ اجتهاد المجلس الدستوري له وجهة للتطبيق (...)، من مجلس الدولة»[2].

وقد خلص الأستاذ إلى نتائج هامة حين تفحصه لاجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي، فيما يتعلق بالتأثير في دعوى الشرعية. فقد رأى أنّ تلك الدسترة ترفع من فعالية رقابة الشرعية، بل وأنّه، اعتبر تلكم المعايير الدستورية وسائل من النظام العام. (moyens d'ordre public).

ومهما يكن، فقد ترسخت وتدعّمت تلك الخصائص، ولم يعد هناك تردد كبير ، ففي تعليق على قرار مجلس الدولة Commune d'Annecy[1] الصادر في 2008، فرأى المعلقون أنه:" لا الطابع غير الدقيق للحكم الدستوري، ولا الإحالة على القانون تشكل عائقا لإثارتها ضد قرار إداري"[*].

---

[1] Drago Gillaume, l'exécution des décisions du conseil constitutionnel, 1990, Economica, P.U.A.M

[2] Ouled Boubout, l'apport du conseil constitutionnel au droit administratif, p148.

مما نلاحظه في هذه الدسترة وتأثيرها على قضاء الشرعية هو أنّ أثرها امتد إلى ما حدث في قرار عثمان محمد من إمكانية إثارة عدم الدستورية على أعمال إدارية قائمة وإلغاؤها نتيجة لذلك، بأثر رجعي. فينصرف أثر الدستور على أعمال قانونية قديمة يتوافق الواقع القانوني، وهو ما يوافق نظرة مستقبلية، كان قد افترضها Favoreu، عندما اعتبر أنّ: «هناك أثر، (...)، حتى على مدى رقابة القرارات الإدارية من قبل القاضي الإداري»[2*].

فدعوى الشرعية، من خلال هذا الاجتهاد، تفتح أبوابا كانت موصده. فما تستطيعه الدسترة لا تستطيعه الشرعية.

والحقيقة أنّ هذا الاجتهاد "الثوري" يحكم آثاره الممتدة زمنيا، والتي قد يجد لها القاضي الإداري سندا من الدستور، فقد نص الدستور على الرقابة القبلية (الآراء)، وكذلك الرقابة البعدية على الدستورية. وبذلك يكون القاضي الإداري قد قام بقياس (لم يصرح به) عندما راقب قرار إداري سابق بالنص الدستوري اللاحق. وهو يخالف قاعدة أنّ الحكم (رقابة) الشرعية تكون على أساس من الأسس القانونية المطبقة آنذاك.

إنّ قرار (مجلس الدولة الغرفة الإدارية للمحكمة العليا) **عثمان محمد**، يؤكد على خاصية أن دعوى الإلغاء، هي لصالح الشرعية، وقد تتحول إلى دعوى "لصالح الدستورية".

لا يمكننا، من جهة أخرى، معرفة مدى تأثير آراء وقرارات المجلس في الآراء الاستشارية لمجلس الدولة، بحكم عدم قابلية للنشر، وإن كنا لا نستبعد تأثره بها.

ويمكننا عموما رصد تأثير الدسترة على رقابة الشرعية على مستويين، يتعلق الأول بشروط قبول الدعوى ويتعلق الثاني برقابة شرعية القرارات الإدارية.

فقد لاحظنا فيما يتعلق بقبول دعوى الشرعية، أن القاضي الإداري قد قبل النظر في دعاوي أمامه استناد إلى الدستور.

---

[1]C.E, ass, 3 oct. 2008, Commune d'Annecy, in: G.A.J.A, N°18 édition, Dalloz, 2011, p923.
[*] «Ni le caractère précis d'une disposition constitutionnelle, ni le fait qu'elle renvoie à la loi ne constituent un obstacle à son invocation contre un acte administratif»
[2]L. Favoreo, la constitutionnalisation du droit public, Revue pouvoirs, 1988.
[*]«**********»

ففي قرار السيد عثمان محمد[1] قبل القاضي الإداري الدعوى بعد مرور 27 (سبعة وعشرون) سنة رغم عدم توفر شرط الميعاد (شهرين في ظل القانون القديم) وكانت حجة القاضي هي تغير "النظام العام" بفعل الدستور الجديد الذي أحدث قطيعة في النظام عموما، والنظام القانوني خصوصا.

وكذلك الأمر في قرار القاضي[2] حيث قبل القاضي الإداري النظر في دعوى القاضي المفصول رغم أنّ المادة 2/99 من القانون الأساسي للقضاء تعتبرها قرارات نهائية وكان ذلك استنادا على المبادئ العامة للقانون التي رأينا أنها تتماشى مع المبادئ الدستورية[3].

إن هذا القرار بفتحه لمجال الطعن، يهدف إلى حماية الشرعية بصورة أوسع.

ويمكن التأكيد، إجمالا، أن آثاره عظيمة والتي تسمح على ما سبق، من حيث جعل دعوى إلغاء تؤدي وظائف لحماية الشرعية من خلال الدستورية.

ففي قضية عثمان، فقد تصرف القاضي، رغم القانون المجحف، ليقضي بعدم الشرعية استنادا إلى الدستور. فهو بذلك يعوض المشرع في هذه الحالة الذي لم يستطع توفيق الأوضاع التشريعية المتناقضة والمخالفة للمتطلبات الدستورية. وهو ما تداركه المشرع لاحقا في سنة 1995 عندما ألغى القانون الصادر في 1963 المتعلق بالوضع تحت الحماية[4].

يؤدي هذا الاجتهاد إلى تحول في وظيفة دعوى الإلغاء، فهي قد تعوض قصور التشريع وانحسار الإخطار الدستوري بحيث تجعلها دعوى "مدسترة" تمكن الأفراد من الدفاع على حقوقهم وحرياتهم المعتدى عليها تشريعيا، أو المتغاض عنها، وهي قد تعلن عن ميلاد. المسألة الأولية للدستوريةQ.P.C، كما في النظام الفرنسي[5]، والتي أخذ بها الدستور المغربي[6].

يمكن القول إجمالا، أنّ ذلك أكسبها خاصيتين: أن تصبح المعايير الدستورية وسائل من النظام العام وبالتالي، فإنّ كل المعايير الدستورية يعتبر وسائل شرعية.

---

[1] سبق وأن تناولناه في الباب الأول، في الفصل المتعلق بالنظام العام.

[2] القرار رقم... الصادر سنة 2000، المنشور في مجلس محل الدولة.

[3] مسار الدسترة. الفصل الأول (المبحث الأول)، الباب الثاني.

[4] القانون 95 المعدل لقانون التوجيه العقاري رقم 90-25.

[5] Chronique, cinq ans Q.P.Cdevant le juge administratif, A.J.D.A, N°13, 2015.

[6] المادة 133 من الدستور المغربي لـ 2011.

إنّ هذا الأثر الأساسي، يسمح للقاضي بأن يمارس نوعا من الرقابة الدستورية، وخاصة في الحالة التي عليها وضع الرقابة الدستورية، حيث أن الإخطار لم يمس عددا ضخما من النصوص التشريعية والتنظيمية.

ففي غياب الإخطار، فإن القاضي الإداري، وبمناسبة عرض نزاع معين يمكن أن يقضي بعدم الشرعية بالنظر لعدم دستورية نص تشريعي، وقد كان المثال الأبرز قرار القاضي ضد المجلس الأعلى للقضاء، فقد تجاوز القاضي عائق المادة 99 من قانون الأساسيللقضاء لـ 1989.

لقد أحدث ذلك الاجتهاد الضئيل كما، والغني نوعيا، أثرين مهمين فأمّا الأثر الأول فيتعلق بإثارته للأحكام الدستورية بالأولوية على المعايير التشريعية، كما رأينا في قرار مجلس الدولة المتعلق بالموثق، فلم يكن هناك فراغ تشريعي بل إننا لاحظنا وجود القاعدة التشريعية المتعلقة بالتأديب (المهلة)، ورغم ذلك أكد قاضي مجلس الدولة على قاعدة مبدئية تتجاوز الحكم الدقيق إلى القاعدة الدستورية المتعلقة بضمان حقوق الدفاع. وهو ما يوافق ما ذهب إليه الأستاذ ولد بوبوط[1] من اعتبار الأحكام الدستورية وسائل للنظام العام.

ومما يعزز فكرة اعتبار المعايير الدستورية وسائل من النظام العام سلوك القاضي الإداري المتكرر بالاستعانة بأحكام الدستور بالأولوية على الأحكام التشريعية، وفي بعض الأحيان تعويضا لها، وعدم الاستناد إلى الأحكام التشريعية رغم عدم وجود فراغ تشريعي.

فإضافة إلى قرار عثمان محمد الذي أشرنا إليه الذي استعان فيه بمفهوم "النظام العام"، جاءت قرارات أخرى تؤكد نفس المنحى باستعمال الدستور كوسيلة من النظام العام. ففي قضية والي ولاية عنابة ضد جمعية الأمل[2] التي تتمثل وقائعها في صدور قرار ولائي يتضمن حل الجمعية استنادا لاعتبارات الأمن العمومي، حيث أنه، وبموجب قرار صادر عن مجلس قضاء قسنطينة قضى فيه بإبطال القرار الولائي لوالي عناية. وقد استأنف هذا الأخير على أساس أن قضاة الدرجة الأولى قد: «تجاوزوا اختصاصهم لما قرروا إلغاء قرار الحل لأن الأخير يشكل عملا من أعمال السيادة، وبالتالي يفلت بهذه الصفة عن المراقبة القضائية (...)».

---

[1] Ibid.

[2] مجلس الدولة، قضية والي ولاية عنابة ضد جمعية الأمل بتاريخ 27-03-2000 صادر عن الغرفة الرابعة (فهرس 159).

وقد أجاب القاضي ردا على استبعاد اختصاصه وفقا لنظرية أعمال السيادة بالحيثية التالية: «حيث أن المستأنف ينكر على الجهات القضائية أهلية النظر في قضية الحال، باعتبار قرار حل جمعية الأمل المستأنف عليها يشكل عملا من أعمال السيادة، وبالتالي يفلت بهذه الصفة عن الرقابة القضائية، ولكن حيث ان هذا النعي يدخل وفقا للمادة 138 من الدستور، ومن ثم يعد اعتداء على اختصاص الجهة القضائية:

وحيث أكثر من ذلك فإن القرار الإداري موضوع النظر فيه استحواذ للاختصاص أناطه القانون 31/90 سيما في مواد، 33 و35 و37 منه، والتي تفيد جميعها صفة الأشخاص والهيئات المناط بها حل الجمعيات دون غيرها.

وحيث ان هذه التخصيصات من النظام العام».

فنلاحظ أن قاضي مجلس الدولة قد أثار المادة 138 من الدستور بالأولوية على الأحكام التشريعية المذكورة والتي تقضي باختصاص القضاء بحل الجمعيات، وهي حالة من حالات عدم الاختصاص الجسيم في أقصى صوره وهو:"اغتصاب السلطة"، والتي كان بإمكان القاضي ان يقضي على أساسها إثباتا لعدم مشروعية القرار الولائي. وقد كان يكفيه أن يؤسس قراره على الأسس التشريعية التي ذكرها. فلم يكن هناك فراغ تشريعي، ولا غموض يقتضي الاجتهاد بالتفسير.

يدعونا تفحصنا لمجموعة القرارات التي تناولناها[1] إلى الملاحظة التالية: وهي أنه في معظم الأحيان، فإن القاضي الإداري (سواء مجلس الدولة أو المحاكم الإدارية) يثير المعايير الدستورية (الأحكام الدستورية بالأساس) من تلقاء نفسه، إلا استثناء، وفي حالات أشرنا إليها، وسنتناولها في بعد (الفقرة الثانية)، مما يجعلنا نكيفها بأنّها وسائل من النظام العام.

فقد كان ذلك سلوك القاضي (المحكمة الإدارية للأغواط)[2] بالعودة إلى الدستور ومواده بدون إثارتها من قبل أطراف النزاع. ففي لأمر الاستعجالي الصادر بتاريخ 2013/07/18[3] ذكر في الحيثية أنّه: «فيما يخص كون مسألة انتخاب رئيس المجلس الشعبي الولائي وهي مسألة داخلية لا يحقق للإدارة ولا للقضاء التدخل فيها، فإن المحكمة ترى أن هذا الزعم جاء مخالفا لأحكام المادتين 139 من الدستور

[1] في الباب الثاني، الفصل الأول حول تراكم المعايير الدستورية.
[2] سبق لنا تناولها.
[3]أمر استعجالي، قضية ميهوب مواري ومن معه ضد بقشيش علي، ص6.

(...)، والمادة 140 (...)». وقد ورد في أمر استعجالي سابق (نفس القضية)[1]إثارة أحكام الدستور من قبل القاضي الإداري تلقائيا، وبشكل كثيف، في بعض الأحيان، كما في هذا الأمر الاستعجالي فهو يذكر في حيثية[2] عبارة «عملا بأحكام الدستور والمواد 920 و978 و980 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (....)».

وأمّا الأثر الثاني، فهو إدماجه لكل الضمانات الدستورية ضمن الوسائل القانونية القابلة للإثارة أمام القاضي الإداري. وهو بذلك يمدد قائمة الضمانات التي تتعلق، في الحقيقة، بالحقوق الأساسية المتضمنة في الدستور.

ينجر عن كل ذلك تضمين الحقوق الأساسية ضمن الشرعية الإدارية، وهو تطور يندرج في إطار ما رأيناه من تطور الدسترة إلى موضوعها وهي ضمانة الحقوق والحريات، وإن التطورات التشريعية تؤكد على ذلك (الفقرة الثانية من الفرع الثاني).

لقد مس هذا التطور، بالتالي، مضمون دعوى الشرعية، إضافة إلى اكتسابها للخصائص التي ذكرناها.

نستنتج أنّ القاضي يستعين بأحكام الدستور جميعها، وليضيف كذلك في حيثية أخرى التأسيس على أساس الديباجة، وسلسلة من المواد الدستورية (المواد: 6 و7 و8 و10 و14 و32 و35 و50 و57).

يفيد ذلك أنّ كل الدستور قابل للاستعانة به واللجوء إليه بما يجعل كل مواده وسائل نظام عام.

وقد سبق وأن رأينا[3] كثيرا من القرارات "المدسترة" حيث تلجأ أطراف النزاع إلى الاستعانة بالدستور، كما هو الأمر في قرار الجبهة الإسلامية للإنقاذ[4] حيث لجأ محامو المستأنفة إلى الاعتبارات الدستورية، في حين أثارت المدعي عليها (وزارة الداخلية) الأسس التشريعية في تأسيس ادعاءاتها، بخلاف قرار جريدة "الخبر الأخير" حيث تساوي طرفي النزاع في استعمال الأحكام الدستورية، فلم يظهر، وكأن القاضي يثير الدستور كوسيلة نظام عام.

---

[1]أمر استعجالي، بتاريخ 2013/03/27، ص11. قرارات غير منشورة.
[2]نفس الأمر، ص11.
[3]مجموعة القرارات المعروضة في الباب الثاني، الفصل الأول، المبحث.
[4] المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، الجبهة الإسلامية للإنقاذ ضد وزارة الداخلية بتاريخ.

وكان المثال المثير للاهتمام، هي مجموعة القرارات المتعلقة بحزب جبهة التحرير الوطني، حيث استقر اجتهاد مجلس الدولة في تأسيس اختصاصه على المادة 42 من دستور 1996.

ولنجد، في الخضوع للتنظيم للدستور مباشرة آلية أساسية لتجسيد الدستور(2).

(2)إنّ خضوع التنظيم المباشر للدستور واضح في قراءتنا للنص الدستور، ليمتد ذلك الخضوع ليشمل أعمال السلطات اللامركزية.

نستنتج الأساس الدستوري الصريح لخضوع التنظيم للدستور مباشرة، من الأحكام المجتمعة les effets combinesللمواد 125 و165 للدستور، على وجه الخصوص.

فالمادة 125 تخضع التنظيم للدستور حيث يطبّق التنظيم (المستقل) الدستور في مجال التنظيم الذي يغطي الميدان الإداري بامتياز أيّ الضبط الإداري والمرفق العام، والذي يجد له أساسا في أحكام دستورية أخرى.

فالمادة 91 تتعلّق بسلطة رئيس الجمهورية بإقامة الحالات الاستثنائية، وكذا ما تعلّق بسلطة التعيين المستمدة من المادة 78 منه.

وكذلك الأمر بالنسبة لسلطة الوزير الأول التنظيمية التي تطبق أحكام الدستور، وبالخصوص ما تضمنته المادة 85 من الدستور، حيث يستمد منها سلطته على الإدارة كسلطة هرمية، وكذا سلطة تنظيم الإدارة العمومية خاصة ما تعلّق بتنظيم الإدارة المركزية (الفقرة الثانية).

بينما تخضع المادة 165 التنظيم للرقابة الدستورية المباشرة، كما هو حال القوانين والاتفاقيات.

فالتنظيم يطبق الدستور، ويخضع للرقابة الدستورية، فهو يخضع له من حيث التطبيق، ومن حيث التفسير.

والحقيقة، أنّنا قد وجدنا لدى القاضي الإداري صدى لذلك، ففي قرار المجند في الجيش الفرنسي[1] ضد قرار وزير الداخلية بالمنع من الدخول الى التراب الوطني حيث استند في حيثيته، على أساس على أنّ التنظيم يطابق الدستور، وكان الأمر يتعلّق بتطبيق المادة 44 من الدستور، حيث ذكر في حيثيته: «أنّه، بالنتيجة وطبقا للمادة 44 من الدستور التي تنص على أنّه: يحق لكل مواطن يتمتّع بحقوقه المدنية

[1] مجلس الدولة، قضية المجنّد في الجيش الفرنسي ضد وزير الداخلية، مجلّة مجلس الدولة. سنة 2012.

والسياسية، أن يختار بحريّة موطن إقامته، وأن يتنقّل عبر التراب الوطني، وحق الدخول الى التراب الوطني والخروج منه مضمون له»، يتعيّن القول أنّه يحق للمدّعي التمتّع بهذه الحرية الأساسية التي تستند الى أساس دستوري والتي تكون السلطات التنفيذية مكلّفة بوضعها قيد التطبيق.

ومهما يكن، من كون القاضي لم يخلق قاعدة جديدة، حيث أنّ ذلك مستمد ومستند على أساس دستوري، وكلنّه، يعود له الفضل في تجسيد تك القاعدة الدستورية من جهة، ومن جهة أخرى فإنّه أعطى لها تفسير واسعا، حيث لا تنحصر، في الأحكام الدستورية المشار اليها، بل أنّه عمّم ذلك على كل أحكام الدستور، فجعلها قاعدة عامة حيث أصبحت: «الحرية الأساسية التي تستند الى أساس دستوري (...)»، «تكون السلطات التنفيذية مكلّفة بوضعها قيد التطبيق».

وقد استعملت المادة 85 من دستور 28 نوفمبر 1996 في قرار **سعيدي رابح** ضد رئيس حكومةالجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية[1] مما يظهر أنّه يمكن الإثارة المباشرة للحكم الدستوري ومن الملاحظ أنّ إثارة المادة 85 تتعلّق بالاختصاصات أو وأمّا تعلّق بالإدارة، بينهما تعلق الأمر في المادة 44 بالحقوق مما يعتبر تطوّرا مهما سنراه في المطلب الثاني.

يفهم من ذلك أن كل قرارات السلطات التنفيذية خاضعة للدستور، فالأمر في هذا القرار يتعلّق بقرار وزير الداخلي، ولا يتعلّق بالتنظيم بالمعنى الضيق أي المراسيم الرئاسية والتنفيذية، فنحن بصدد مفهوم واسع وقاعدة عامّة.

تبدو الحيثية واضحة جداً شكلا وقوية المعنى مضمونا، حيث مدّدت مجال تطبيق الدستور من قبل التنظيم الى مجال الحريات الأساسية.

وبذلك تكون قد وسّعت المجال التنظيمي، وأعطت قراءة حاسمة بأن جعلت التنظيم مُجسِّدا للدستور، بما يتوافق مع مضمون الدسترة الحديثة فيما يتعلّق بحماية الحقوق والحريات.

يترتب على ذلك أنّ مسألة تطبيق الدستور تقتضي بالضرورة الرقابة الدستور، وهو يبرّر مضمون المادة 165 الذي قضى برقابة دستورية التنظيمات الإدارية.

[1] مجلس الدولة، قضية سعيدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، سنة 2001.

وهكذا، فإنّ تأسيس "الكتلة الدستورية" (المطلب الثاني)، بمفهوم المادة 165 من الدستور، وكذا إقرار مبدأ الهرمية وخاصة في اجتهاد المجلس الدستوري[1] أدّى الى ترتيب أثر مهم، وهو إمكانية رقابة التنظيمات الإدارية، من قبل القاضي الدستوري، والإداري، وقد استنتج رجال القانون تلكم النتيجة، فمبدأ الهرمية: «(...) في الإمكانية الممنوحة للقاضي (الدستوري أو الإداري) بالحكم بعدم سلامة المعيار الأدنى الذي يخالف المعيار الأسمى بما يترتب من اعتبار مفهوم التنظيم "المستقل" بدون أثر»[2][*].

وقد امتدّ الخضوع للدستور الى أعمال السلطات اللامركزية، وقد جاء هذا التمديد في مجال الخضوع للدستور باجتهاد من المشرّع، وإن كان هذا استجابة لمنطق اخضاع جميع السلطات والأشخاص للدستور، وهو كذلك، نتيجة لخضوع كل أعمال السلطات لمبدأ الشرعية، حيث يعدّ الدستور جزء منها.

فقد نصّ قانونا البلدية والولاية على إخضاع مداولات المجالس الشعبية البلدية والولائية الى رقابة الشرعية حيث أنّ مخالفة الدستور من قِبل المجالس المنتخبة مخالفة للشرعية مما يؤكد إدماج الدستور ضمن طائفة الشرعية.

فقد اعتبر المشرّع، في المادة 59 من قانون البلدية رقم 10/11، أنّ: مداولات المجلس الشعبي البلدية باطلة، إذا ما كانت: "متّخذة خرقا للدستور وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات"، وينصرف حكم البطلان القانوني على مداولات المجس الشعبي الولائي: «المتخذة خرقا للدستور وغير المطابقة للقانون والتنظيمات» (المادة 53 من القانون 07/12). وقد امتدّ منطق اخضاع الهيئات اللامركزية للدستور الى سيرها فإنّ من أسباب حل المجالس المنتخبة، سواء البلدية، أو الولائية: "حالة خرق أحكام دستورية" (المادة 45 من قانون البلدية، والمادة 48 من قانون الولاية).

تبرز هذه الأحكام التشريعية خضوع مداولات الهيئات اللامركزية خضوعا مباشرا للدستور.

والحقيقة، أنّنا لم نعثر على أي قرار وصاية مقرر للبطلان على أساس مخالفة مداولات المجالس المنتخبة للدستور.

---

[1]Djebar Abdelmadjid, la hiérarchie des normes dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, IDARA.
[2]Chevallier, op.cit. p20.
[*] «Ceci se traduit par la possibilité d'invalidation par le juge (constitutionnel ou administratif) de la norme inférieur qui contrevenait à la norme Superior une: ce qui rend, notamment, très obsolète la notion "autonome"»

وإنّنا، نعتقد أنّ هذا الخضوع المباشر للدستور، يسهم في توحيد النظام القانوني للشرعية المنبثقة من المداولات.

وقد اظهرت اجتهادات بعض القضاة إخضاع الأعمال على مستوى الإدارة الإقليمية للدولة، لرقابة شرعية أعمالها، على أساس مخالفة الدستور، فرقابة أعمال الوالي، بصفته المزدوجة قد تمّت بناء على أحكام ومواد دستورية.

الفقرةالثانية: حدود التأثير

يظهر تطور تأثير الدستور، وإن كان ضئيلا ومبعثرا،إمكانيات لتطوير تلك الظاهرة التي تحمل في مكامنها تطورات لاحقة، ولكنها تحمل أيضابعض القيود التي تحد من توسيع ذلك التأثير الدستوري (1)، ولكن ذلك يؤدي، في المقابل الى تقوية سلطة القاضي التفسيرية (2).

(1) فبعض هذه القيود تعود إلى النص من حيث كثافته النصيةوالمعيارية، وبعضها يعود إلى آليات تفعيله وانتشاره.

فأما أول تلك الحدود فهو النقص في التراكم من حيثالاجتهاد الدستوري رغم تسارعه بفعل تبني الرقابة القبلية على القوانين العضوية،وهو مدعو إلى التسارع بعد التعديل الدستوري المعلن[1].

والحقيقة أن رصدنا لمظاهر الدسترة والتي توجد في وضعية" جنينية"، والتي تنبؤنا بآثارها المستقبلية، لا تمنعنا من التأكيد على بعضمحدوديتها، وخاصة من حيث الطابع المعياري الضئيل لبعض فقرات الدستور.

ويظهر الدستور الجزائري بعض ذلك، كما هو حال كثير منالدساتير الإفريقية[2].

فالدستور، كما أشرنا إليه سابقا[3]،يتضمن معايير" مفتوحة"، وبالتالي فهي غير دقيقة، ويضاف إليها ضعفالطبيعة المعيارية لبعض فقراته، ويتجسد ذلك، خصوصا في ديباجته. فرغم كونها أصبحت عنصراومكونا أساسيا في ما سمي بـ ":البناء الدستوري"، بما يمنحهاطابعا معياريا أكيدا، فهي بالنسبة للنظام الجزائري تجمل عيبا أساسيا يحول دوناعتمادها كأساس نصي، كما كان الأمر في النظام الفرنسي . يتمثل الأمر في أن مضمون الديباجة، رغم الصياغة القانونية الغالبة على كثير منفقراته، قد تم التنصيص

---

[1]خطاب رئيس الجمهوريةـ 15 أفريل 2011.

[2] …., La crise de La normativité de la constitution en Afrique, R.D.P. 2012 n°01 ; P 141.

[3]المقدمة.

عليها في صلب الدستور، فينتج عن ذلك، أنّ اللجوء إليها غيرمطلوب من حيث البحث عن أسس غير موجودة في النص الدستوري، بخلاف اجتهاد المجلسالدستوري الفرنسي الذي يجد له مبررا في غياب تلك الأسس في صلب النص فيما يتعلقخصوصا بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية[1].

ينتج عن ذلك، أن استعمال الديباجة من قبل القاضي يصبحأمرا غير ذي فائدة من الناحية القانونية، وخاصة بالنسبة لحل نزاع قائم أمامه. وقدرصدنا بعض من استعمال الديباجة في نزاع أمام القاضي الإداري[2].

فقد ذكر القاضي الإداري في أمراستعجالي الحيثيةالتالية ":**انه ورد في ديباجة دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية) أن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفرديةوالجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات ويكفلالحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويتحقق فيه تفتحالإنسان بكل أبعاده**" ، ثم أورد مجموعة من المواد الدستورية (المواد 6و 7و 8و 10 و 14)، وكذا المواد: 32 و 35 و 50 و 51 ليؤكد على تجسيد الديباجة في تلكالأحكام الدستورية.

يبرز ذلك عدم قناعة القاضي بالتأسيس بواسطة الديباجةفيضيف المواد لتكون أساسا قانونيا، نستنتج ان الديباجة لا يمكن أن تلعب دورا فيالتأسيس القانوني لحيثيات القاضي، وقد سبق ان أشار الأستاذ Bechillon[3]إلى ":**كون أن بعضالقرارات القضائية لبعض الجهات القضائية التي تعطي لها دورا لا تكفي لدحض الفكرةالقائمة على الطابع الضعيف لإمكانية استعمال المعايير الدستورية في النزاعاتالعادية في الوضعية الحالية لسير نظامنا القانوني**."

وقد لاحظ الأستاذ Vedel ذلك بالنسبةلبعض أجزاء الديباجة فقد كتب أن: "بعض أجزاء الديباجة، بحكم عدم دقتها، لايمكن اعتبارها أوامر (...) لتصبح قواعد قانونية بأتم معنى الكلمة"[4*].

---

[1] D. Rousseau, Le contentieux constitutionnel, Edition, Delta et Montchrestien, 2006, p.421.

[2]قضية ميهوب هواري ومن معه ضد، بقشيش علي. أمر استعجالي من ساعة غلى ساعة .جلسة 2013/06/27، غير منشور. ص11 من القرار.

[3]«les décisions éparses des juridictions ordinaires éparses qui lui font jouer un rôle ne suffisent pas à infléchir l'idée d'un caractère faiblement opératoire des normes constitutionnelles dans les litiges ordinaires en l'état actuel du fonctionnement dans notre système juridique».

[4] Vedel (G), droit constitutionnel, réédition, Paris, Dalloz, p.326.

[*]«certaines parties du préambule qui, à raison de leur imprécision, ne peuvent être ramenées à des prescriptions assez rigoureuses pour être des véritable règle de droit».

يؤكد الأستاذعلى أن المعايير الدستورية بما فيها الديباجة لا يمكن أن تكون قابلة للاستعمالبشكل مقنع وكافي وبالنظر إلى ضرورة التأسيس الدقيق للحيثيات القضائية كمتطلب منمتطلبات التسبيب[1]الذي يعد ضرورة دستورية (المادة 144)[2]،ورقابة تطبيق القانون من قبل الهيئات القضائية العليا،وهي مهمة دستورية منوطة بها (المادة 152).

فإن بعض الموادمن الدستور، أيضا، تتسم بمضمون واسع يجعل استعمالها غير دقيق، وقد استعمل قاضيالمحكمة الإدارية للأغواط ذلك، باستناده إلى المواد: 06 و07 و08 و10 و14.

ويترتب على ذلك توسيع سلطة التفسير للمجلس الدستوري حيثأشير إلى ذلك كملاحظة وردت حول الدستور الفرنسي حيث كتب أن":حيث أنتضمين الدستور أحكاما تتسم بالمضمون الواسع يمنح المجلس الدستوري سلطة تفسيرمفرطة"....[3][*].

ولعل أن من أهمالعوائق ما تعلق بنظرية:"العائق التشريعي Loi–ecran "والتي ذكرناأنه تم تجاوزها قانونيا بحكم حجية آراء وقرارات المجل الدستوري والتي تم تجسيدهامن خلال بعض القرارات التي ذكرناها لمجلس الدولة. ونجد لها أثرا في التصور الذييجعل القاضي يخضع للقانون وليس مباشرة للدستور.

والحقيقة فقد لاحظ الأستاذ يلس شاوش بشير ذلك حيث أصبح المجلس الدستوري "خالقا للمعايير"[4].

ويضاف لها كذلك أن تلك المواد وخاصة المواد 08 و09مصاغة على شكل أهداف مما يضعف من مضمونها المعياري ودقته ووضوحه، مما قد يؤدي إلىتفسيرات واسعة، وقد تكون متناقضة. فهذا يضعف من قوة التأثير من الناحية الفكريةالقانونية، وهو الأمر الذي أدى في نظم أخرى إلى بعض الآثار المتعلقة بنوعيةالمعيار الدستوري[5].

---

[1]المادة 144: "تعلل الأحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علانية."

[2]الفقرة السابقة.

[3] Montalivet Pierre, la dégradation de la qualité la norme constitutionnelle sous la V République, R.D.P. N°4, 2012, p.933.

[*] «L'inscription de dispositions dont le contenu est tellement vaste qu'il confère au conseil constitutionnel un pouvoir d'interprétation excessif (…)»

[4]Yelles Chaouche Bachir, le conseil constitutionnel: du contrôlede constitutionalité à la créativité normative, O.P.U. 2003.

[5] Op.cit. p.962.

ورغم حرص المجلس الدستوري على الاستناد إلى الموادالدستورية، والذي يعد أمرا مستقرا لديه، فإنّه، وفي قرار متأخر[1]استعمل مصطلح" الأهداف الدستورية" لأول مرة، مما قد يؤدي إلى المساس بدقة المعيار وبالتالي، يقلص من مدى إمكانيةاستعماله من قبل الفاعلين القانونيين.

إن رصدنا لهذه المظاهر المرتبطة بمعياريةnormativitéالنصالدستوري، من حيث ضعفها او نقصها وعدم دقتها، يؤكد لنا صعوبة استعمالها خاصة من قبلالمتقاضين، وكذا من قبل القاضي لخلوه من الطابع الإلزامي. وقد أدى ذلك في النظامالفرنسي إلى الدعوة إلى ضرورة الحفاظ على معيارية النص الدستوري، في قرار رقم 500-2004 حول الاستقلالية المالية للجماعات الإقليمية[2].

وبالنتيجة، فهذه الملاحظة تقلص من فعالية وفاعلية بعضالمواد الدستورية وخاصة الديباجة.

(2) ولكنالمفارقة في ذلك، أن هذه الخصائص المرتبطة بالقيمة المعيارية للدستور، تقوي من سلطةالقضاء، في المقابل وقد لمسنا ذلك من خلال حرية القاضي في استعمال بعض المعايير الدستوريةدون أن يستند إلى تفسير من قاضي الدستورية.

ومهما يكن فبعض الأمثلة التي سبقناها للتدليل على تلكمالحدود تحتاج إلى الوقت لتأكيدها أو استبعادها أو تأكيد أثرها النسبي.

ولعل، أن أهم العوائق التي تحول دون ذلك التأثير ما تعرق منها بنظرية: "العاق التشريعي" la loi–écran، والتي تم تجاوزها قانونيا بحكم حجية اراء وقرارات المجلس الدستوري، وكذا من خلال التجسيد المتكرر عبر قرارات القضاء عموما، والقضاء الإداري خصوصا. فذلك يستبعد النظرة السطحية والساذجة التي تجعل القاضي خاضعا للقانون بالمعنى الضيق، حسب تفسير المادة 147 من الدستور، فخضوعه للدستور ظاهر وواضح وحلي، وهو من مقتضى الخضوع للقانون، بالمعنى الواسع.

ورغم ذلك فمازالت بعض الترددات تطبع، اجتهاد القاضي عموما، مما يبرز مدى تأثير تلك النظرية رغم أن: «**نظرية العائق التشريعي تظهر أكثر تخلفا ولا تليق بدولة القانون.**»[*3].

---

[1] رأيرقم 05/ ر.م.د./11 المؤرخ في 27 محرم عام 1433 الموافق 22 ديسمبر 2011 يتعلقبمراقبة مطابقة القانون العمومي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالسالمنتخبة " واعتبارا ان تجسيد الأهداف الدستورية مثلما يستمد من روح المادتين 31 و31 مكرر من الدستور."....

[2] D.C. 29 Juillet 2004, loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales in: "G.D.D.C.C.".

[3]Bertrand Seiller, droit administratif, 4°Edition, champs université, année 2011, p.49.

وقد لاحظنا في كثير من القرارات القضائيةأن القاضي مازال متمسكا بقراءة ضيقة للمادة الدستورية التي تنص على أن ":لا يخضع القاضيإلا للقانون" ، فهو لا يخضع بهذا الشكل والصياغة، للدستور، فقد تبين منالقرارات المشار إليها، أنه حين يتمسك الأطراف بالأسس الدستورية في قضية الجبهةالإسلامية للإنقاذ، يستند القاضي إلى المواد التشريعية لقانون 5 جويلية 1989المتعلق بالأحزاب، وكذا الأمر في قرار بن فليس ضد صديقي عبد الحميد ومن معه، حيثيثير المدعي الدستور بينما اكتفى القاضي الإداري بأحكام ومواد الأمر المتعلقبالأحزاب السياسية لسنة 1997.

ويعد ذلك دليلا على هذا التوجس من الإحالة المباشرةللدستور الذي يطبع معظم العمل القضائي والاجتهاد القضائي.

وتعد مسألة الإحالة على التشريع، والتي تبدو مفرطة، في بعض الأحيان، قيدا على تأثير الدستور وتجسيده، وهي غالبا، ما تتعلق بالحقوق والحريات، والتي يتطلب تجسيدها إقامة وسائل أخرى غير النصوص القانونية، وخاصة ما انصب على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

فالمعايير الدستورية في هذا المجال تنقصها الدقة وقد يغيب مضمونها عن الدستور كحق السكن الاجتماعي، مما يحد من إمكانية اثارتها أمام القاضي الإداري، فقد لا ترتب أثرا، فهي تتعلق بدرجة دقة المعنى، فالأصل أن: «يستنتج التطبيق المباشر، من درجة الدقة.»[*1].

ومهما يكن فإن بعض الاجتهاد الجريء الذي استند إليه يعدبذرةلتطويره قد يتكثف ويتسارع بفعل العواملالمذكورة في الفقرة السابقة.

فهذه الحقوق فيما يتعلق بالصحة والعمل مثلا تنقصها الدقة والمضمون مما يحد من قابلية إثارتها أمام القاضي الإداري، فلايترتب عنها أثر إلا بقدر دقة المعنى.

عموما أعتقد،أن مسألة عدم الدقة قد تكون صعوبةتحول دون الاستعمال الواسع، وبدون قيود، ولكنها، من الناحية القانونية، فإن القاضيالإداري، بحكم سلطته التفسيرية، التي يملكها بحكم المادة 3/152 (....) يستطيعإعطاء قيمة قانونية بمنحه معنى لأي حكم دستوريليتحول من حكم غير دقيق إلى

* «La théorie de le la loi-écran n'en apparaissait que plus archaïque et indigne d'un Etat de droit»

[1] G. Burdeau, traité de science politique, tome 2 ; p128.

* ترجمة للطالب

معيار قابل للتطبيق ف ":المعيار، ليس هو النصفي حد ذاته، بل هو المعنى الذي نستنتجه من التفسير الذي مُنحه"[1*].

فالترددات التي تطبع اجتهاد القاضي عموما، تبرز مدى تأثير تلكالنظرية رغم أننظرية العائق التشريعي تظهر أكثر تخلفا ولا تليق بدولةالقانون.

وعموما، وعلى مستوى تصور القاضيين الدستوري والإداري،فهي تميز بالإحجام بعد الجرأة وتبقى بين مد وجزر.

فقد أظهر المجلس من خلال تأكيده على قراراته، ومن خلالإبقائه وتمسكه بشأن مسائل معينة كقضية جنسية زوجة المترشح لرئاسة الجمهورية،فقد أكد عبر رقابته لنصين متشابهين في نفس الموضوع فهذا يؤكد على أننا انتقلنا من رقابة القانون إلى رقابة المعيارية أي لمضمون القاعدة القانونية(Substance)ولكنه فيالمقابل، لا أحد يمكنه أن يفرض على القاضي الإداري الأخذ به، ولا يوجد جزاء يترتبعلى مخالفة الدستورية، بخلاف ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يرتب جزاءً فيما يتعلّق بمخالفة الاتفاقية، فعدّت من حالات النقض أمام المحكمةالعليا.

ومهما يكن، فإن القاضي عموما، والقاضي الإداري خصوصا، يملك سلطة تقديرية،معترف بها بحكم المادة 152 الفقرة الثالثة، ترد على تلك الدسترة.

تعد هذه أهم المعوقات والقيود التي تحد من تأثير الدستورفي اجتهاد قاضي الشرعية، إضافة إلى حصر سلطة الإخطار في السلطات العمومية الثلاثمما يبعد من لهم الصفة والمصلحة في الدفاع عن حقوقهم الدستورية أي المواطنينوممثليهم.

تظهرأكثر قرارات القاضي الإداري عدم الأخذ بالمعايير الدستورية، في الفترة الأخيرة خاصة بعد 2005، فما زال القاضي الإداري يفضل الأخذ بالمبادئ العامة للقانون،بدل المعيار الدستوري، كما رأينا في قرار مجلس الدولة(قضية القاضي ضد المجلس الأعلىللقضاء).

وبذلك تصبح تلك المبادئ عائقا يحول دون تمدد أثرالدستور.

---

[1] J. Auby, prescription juridique et production juridique, R.D.P. 1988, p.680.

[*] «La norme ce n'est pas l'énoncé du texte lui-même, c'est le sens que cet énoncé, que ce texte tire de l'interprétation qui est faite de lui (…)».

وقد لوحظ ذلك التردد الذي ما زال يميّز اجتهاد مجلس الدولةالفرنسي والذي أدى استغراب رجال القانون كشابيChapusالذي انتقد استعمال القاضيالفرنسي للمبادئ العامة للقانون بدل الأحكام الدستورية فهو يرى أن ":الإلغاءعلى أسس دستورية للأعمال الإدارية، يمنحها قوة معنوية"[1*].

ويترتب عن ذلك نوع من الانشطار في النظام القانوني بيننظام دستوري ونظام إداري، وهو ما دعى الأستاذFavoreuإلى أن يكتب: «أنه لايمكن الحديث عن وجود نظامين قانونيين: يتعلق الأول بالمجلس الدستوري القائم علىالمعايير الدستورية والآخر القائم على أسس المبادئ العامة للقانون"[2*].

يبرز ذلك أن أثر الدسترة متعلق بمدى الأخذ بها، وخاصة من قبل القاضي الإداري، فهو الذي يملك أمر توسيع أثرها أو الحد منها بالاستناد على الاستقلالية المعيارية التي يملكها.

المطلب الثاني: البناء الدستوري (الطائفة):

انطلقنا من وحده الطائفة الدستورية[3] التي كرسها القاضي الإداري حيث انتقلنا من اشكاليه الكتلة من حيث مكوناتها (الإشكالية المتعلقة بالديباجة وغيرها والمعايير الدولية) التي أكدناها في المبحث الأول من هذا الفصل، الى المفهوم الاكثر حداثه للدستور، الذي أشرنا اليه في مقدمه البحث وبالنتيجة فقد قسمنا الآخذ بالمعايير الدستورية قبل القاضي الاداري الى المعايير المتعلقة بـ (الهيئات) (الفرع الأول) والمعايير المتعلقة بالمضمون (الفرع الثاني).

---

[1] Chapus, op.cit.

*الترجمة للطالب.

[2] Favoreu, op.cit.

* الترجمة للطالب.

[3]مجلس الدولة، القرار رقم 052342 المؤرخ في 2009/10/21، قرار منع من الدخول الى التراب الوطني، منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 10 سنة 2012، صفحه 162.

الحيثية: "(...) المادة 44 من الدستور التي تنص على أنّه": يحق ولكل مواطن يتمتع بالحقوق المدنية والسياسية أن يختار بحريه مواطن اقامته، وانا ينتقل عبر التراب الوطني (...) يتعين القول أنّه يحق للمدعى بهذه الحريّة الأساسية التي تستند أساس دستوري (...)

–وحيث وأنه فضلا عن ذلك، يتعيّن التذكير بأنّ الجزائر وبمقتضى القانون رقم 89–08 المتضمّن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

الفرع الأول: الاسس الدستورية المتعلقة (الدولة):

سنتناول ما تعلّق منها بالهيئات المركزية (الدولة) (الفقرة الأولى) وكذا ما تعلّق باللامركزية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاسس الدستورية المتعلقة (بالدولة).

إنّ الوظيفة الاولى التي تعود الى الدستور تتعلق بتنظيم العلاقة بين السلطات، فقد تَصرّف القاضي الإداري بأن استبعد تطبيق بعض القواعد التي يثيرها الأطراف في الدعوى الإدارية بأن تبنى نظرية أعمال السيادة (1)، ليجتهد بعدها متبنّياً قابلية بعض أحكام الدستور للإثارة في قرارات حديثة (2).

1- تبني نظرية اعمال السيادة:

رأينا القاضي الإداري قد استند الى المادة 10 من دستور 1963 في قرار S.I.A.D، وقد أثار نظرية اعمال السيادة ليستبعد اختصاصه، ولكننا استنتجنا أنّ القاضي الإداري قد استعمل الدستور في سابقة «مُبَكِرة» في اجتهاده، بما يؤكد نظرته الى التنظيم الاداري حيث فصل بين الوظيفة الإدارية والوظيفة السياسية.

ولكن استعمال نظرية أعمال السيادة من قبل الإدارة للتهرب من رقابة الشرعية، والذي أُثير في تلك الفترة، قد تصدّى له القاضي الإداري للمحكمة العليا حيث أنّه في قضية C.C.R.M.Aضد وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي[1] اعتبر أنّ قرار وزير الفلاحة بتاريخ 16 أكتوبر 1963 القاضي بالوضع تحت الحماية لصندوق التعاضدي الفلاحي بحجّة أنّه: «عمل حكومي، وغير قابل للطعن فيه، وأنّه مبرّر بالظروف الاستثنائية التي كانت سائدة آنذاك»، غير شرعي وقد ألغاه، وقد استندت الغرفة المجتمعة الى حيثيات التي تعدّ عملا بيداغوجيا، للتذكير بنظرية أعمال الحكومة أو السيادة حيث اعتبر أنّ: «(...) أنّ نظرية أعمال الحكومة وكذا الظروف الاستثنائية هي خلق أمبريقي للاجتهاد»، وحيث: «أنّ الأولى أنشأت في علاقات الحكومة مع البرلمان، وفي علاقاتها الخارجية»، وليلاحظ أنّ القرار المطعون فيه لا يدخل في هذا الصنف من الأفعال.

[1]Cour suprême, chambre administrative et chambres de droit privéréunies, 20 JANVIER 1967, in» : Recueil d'arrêts jurisprudenceadministrative, H. Bouchahda, R. Khelloufi, O.P.U, 1985, p 18.

وقد تبنّى القاضي الاداري في عدة قرارات[1] نظرية أعمال السيادة، دون الاستناد الى أيّ حكم أو تصوّر دستوري.

كما أخذ القاضي الإداري بهذه النظرية سواء في ظل دستور 1976[2] و1989[3]، حيث أنّه في قرار محافظة حزب (ج.ت.و) اعتبر القاضي أنّ قرارات اللجنة الوطنية لاسترجاع أملاك الدولة تُعدّ عملا حكوميا، والمثال الأجدر بالذكر هو قرار الجمعية ذات الطابع السياسي (الجبهة الإسلامية للإنقاذ) ضد الدولة ممثّلة في وزير الداخلية والجماعات المحلية بتاريخ 29 أفريل 1992[4].

حيث أنّه بموجب عريضة لدى المحكمة العليا بتاريخ 1992/03/31 استأنفت الجمعية ذات الطابع السياسي (الجبهة الإسلامية للإنقاذ) في موضوع حلّها قضائيا بحكم صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر.

فقد اثارت المستأنفة في حججها بطلان حلّها واستندت الى الدستور، فهي في احدى ادعاءاتها في الموضوع (الفقرة 14) تؤكّد أنّ نداءها للجيش الوطني الشعبي ما هو على حد تعبيرها: "إلا تذكرة بواجباته الدستورية (المواد: 6 و7 و24 من الدستور)، ولتذكر في فقرة أخرى (السابعة عشر) أنّها: " (...) صرّحت... منذ اعتمادها أنّها تحترم والدستور والقوانين".

وتواصل المستأنفة، وتقدم في طلباتها الاشهاد على: "عدم حيازة المدعى عليه على أهليه التقاضي وتجرّد دعواه من المصلحة العامة المشروعة بسبب انتمائه لحكومة مؤقتة لها صلاحيات تسيير المسائل الجارية بدون كافّة صلاحيات حكومة عادية".

وعلى عكس استعمال المستأنفة للمواد والاصطلاحات الدستورية فإنّ المدعى عليه وزير الداخلية اكتفى باستعمال الأسس التشريعية من قانون 05 جويلية 1989 حول الاحزاب كالمادة الثالثة المتعلقة بتهديد النظام الجمهوري مثلا.

وقد سلك القاضي الإداري نفس السلوك، فلم يُثر أيّ مادة دستورية لتأسيس قراره فلا يوجد أثر مباشر للدستور، وإن واعتمده بشكل غير مباشر مثلما تظهره حيثيات القاضي.

---

[1]قرار المحكمة العليا الغرفة الإدارية، قضية (نيابة) ضد وزير المالية، بتاريخ 1984/01/07، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1995، ص 143. (قرار سحب الورقة النقدية من فئة 500 دينار جزائري).

[2]نفس القرار، وزير المالية.

[3]قرار محافظة حزب جبهة التحرير الوطني لبسكرة ضد اللجنة الوطنية لاسترجاع أملاك الدولة، 1992، قرار غير منشور.

[4]سبق لنا تناوله في

فقد ذكر في حيثياته الموضوع (الفقرة الثانية)، فبعد تعريفه للجمعية ذات الطابع السياسي والذي اعتبر أنّها: " (...) تدخل في إطار حرية اساسية مكرسة دستوريا..." وليواصل في الحيثيّة التالية ويقرر: "...أن قاضي القانونية حامي هذه الحرية (...)".

تبين هذه الحيثيات تشبُّع القاضي بالتصور الدستوري لمفهوم القانونية كما سماه، للمهمة الدستورية للقاضي الإداري.

يختصر مضمون الحيثيتين مفهوم الشرعية على ضوء الدسترة الحديثة، فالحيثية الأولى تبيّن وظيفة القانون في دولة القانون، وهي تسمح لنا بتأكيد تأثر القاضي الإداري بآراء وقرارات المجلس الدستوري، خاصه ان الآراء والقرارات الأولى حول قانون الانتخاب والنظام الأساسي للنائب. ففي هذين النصين حدد المجلس الدستوري وظيفة القانون المتمثلة في تجسيد الدستور عبر ضمانة الحقوق، واما الحيثية الثانية فما هي الا ترجمة لنص المادة 130 من الدستور 23 فيفري 1989 التي تنص على أن: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، ويضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية". وهي في الحقيقة، اجتهاد من القاضي الاداري الذي اعتبر نفسه حامي الشرعية والحرية، ويعدّ بذلك أمرا مهما على خلاف الدستور الفرنسي الذي يعتبر أنّ "السلطة العدلية حامية الحريات" حسب نص المادة 66 من الدستور الفرنسي لـ 1958[1].

غني عن البيان ان القاضي الإداري، يضع اختصاصه في إطار فلسفة الدستور القائمة على حماية الحريات، ورغم ذلك فإنّه امتنع عن الخوض في مناقشة المسألة المثارة من قبل المستأنفة في ما يتعلق بصلاحيات الحكومة" حيث اعتبر: "(...) صلاحيات الحكومة وطبيعتها تدخل في تفسير المقتضيات الدستورية المتعلقة بتنظيم السلطات وصلاحياتها وبالعلاقات بينها"، ليخلص الى أنّ ذلك: "(...) يخرج عن نطاق رقابة القاضي الإداري"، وفي حيثية أخرى حول نشاط الجمعية (الحزب) يعتبر أنّ: "(...) القاضي الاداري غير مختص بالبت في دستورية اعتماد جمعية ذات طابع سياسي".

يريد القاضي الاداري أن يظهر أنّه يعمل في إطار الدستور، وفقا للتصور والمهمة الدستورية المنوطة به كحامٍ للشرعية والحرية دون أن يتحول الى قاض دستورية لا من حيث التفسير ولا من حيث الرقابة.

ومهما يكن، يبدو القاضي الإداري متحكّما في هذه النظرية حيث يستعملها بنوع من الحرية، فهو قد يستبعدها لإثبات اختصاصه، وفقا لفلسفة الدستور التي تبناها، على اعتباره حامي الحريات والشرعية،

[1]G .carcossune, La constitution édition seuil, 2013.

وكذلك وفقا للمادة 138 التي تجعل من: "السلطة القضائية مستقلة..." (الفقرة الأولى)، والتي: "... تمارس في إطار القانون." (الفقرة الثانية)

ففي قرار آخر لمجلس الدولة استبعدت نظرية أعمال السيادة التي استند اليها والي عنابة الذي رأى أنّ قضاة الغرفة الإدارية: "تجاوزوا اختصاصهم لمّا قرّروا الغاء قرار الحل لأنّ الاخير يشكل عملا من أعمال السيادة، وبالتالي يفلتبهذه الصفة عن المراقبة القضائية (...)"، وردِ عليه القاضي بأن: "(...) أنّ هذا النعي يدخل وفقا للمادة 138 من الدستور، ومن ثمّ يعدّ اعتداء على اختصاص الجهة القضائية" (أي أنّ قرار حل الجمعيات يعود للقضاء وفقا للمواد 33 و35 و37 من قانون 30/90) [1]

2- الأحكام القابلة للإثارة:

لقد استعملت المبادئ والاحكام الدستورية من قبل القاضي الإداري، وخاصة مبدأ الفصل بين السلطات، ليرسم القاضي دائرة اختصاصه ويحدد صلاحياته (سلطاته) تُجاه الإدارة وليرسم اختصاص الإدارة، وكذلك الأمر بالنسبة لأثر قرار محافظة الجزائر الكبرى في ما يتعلق بالدولة.

وقد استند القاضي الاداري على مبدأ الفصل بين السلطات، فقد جاء في حيثيته ما يلي: "حيث أنّ القاضي الإداري وطبقا لمبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن اجبار الإدارة على تعويض المستأنف بقطعة أرضية أخرى عندما ترفض هذه الأخيرة هذا الحل الجديد..."

ومما نلاحظه في ملخص القرار المنشور في المجلة القضائية أنّه تمّت الإشارة الى المادة 134 من دستور فبراير 1989 (التي تقابلها المادة 143 من دستور 28 نوفمبر 1996) والتي لم نجد لها أثرا في متن القرار ومهما يكن، فهي تشير إلى استعمال القاضي الاداري للمادة الدستورية في تقرير اختصاصه، حتى قبل تأسيس مجلس الدولة في التعديل الدستوري لنوفمبر 1996، فالأخذ بالمعيار الدستوري صريح، رغم وضوح الاساس التشريعي المتمثل في المادة 07 من قانون الاجراءات المدنية (قبل صدور التعديلات والنصوص الجديدة).

ومن اراء وقرارات المجلس الدستوري تأكيد وعلى مبدأ الفصل بين السلطات إذ سبق وأن ذكرنا بعض الأمثلة في ظل دستور فبراير 1989 فقد أصبح من المسلم به، لدى القاضي الإداري، أنّه لا يحق له الحلول محل الإدارة وتوجيه الاوامر لها باتخاذ قرارات، فهو يعتبرها قاعدة تحكم سلطته، كقاعدة ونتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات، ففي قرار صادر عن مجلس الدولة في جلسته بتاريخ 2002/07/15[2]، يرى:

---

[1] مجلس الدولة بتاريخ 2000/03/27، قضية والي عنابة ضد جمعية الأمل، الغرفة الرابعة، (فهرس 159)، منشور في " المنتقى من قضاء مجلس الدولة لحسين بن الشيخ أث ملويا الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 205.

[2] مجلس الدولة (الغرفة الرابعة)، قضية (ب و ج) ضد مديرية المصالح الفلاحية، منشورة في مجلّة مجلس الدولة، العدد 03.

"مجلس الدولة في هذا الشأن أنّه ليس بإمكان القضاء أن يصدر اوامر أو تعليمات للإدارة، فهو لا يستطيع ان يلزمها بالقيام بعمل وأنّ سلطته تقتصر فقط على إلغاء القرارات المعيبة أو الحكم بالتعويضات". وقد استند لمبدأ الفصل ليقرر نفس القاعدة في قرار له صادر بتاريخ 2003/05/06[1]يتعلّق برسم الحدود بين البلديات حيث يؤسس القاضي قراره على الحيثية التي تنص على: "(...) أنّه نظرا لمبدأ الفصل بين السلطات فإنّ السلطة القضائية لا تمكنها أن تحلّ محلّ السلطة المؤهلة قانونا وهي وزارة الداخلية (...)"

وقد أصبح هذا المبدأ (الفصل بين السلطات) أساسا يثار أيضا من قبل أطراف النزاع، فقد ردّ المجلس الدستوري في قرار مجلس الدولة (غرفة المشورة) في قضية رئيس حركة حماس ضد رئيس المجلس الدستوري[2]بتاريخ 1999/08/30 بأنّ مجلس الدولة غير مختصّ بالنظر في القضية حيث ذكر في حججه: "عملا بمبدأ الفصل بين السلطات فإنّ القاضي الإداري غير مختص لإصدار أوامر لمؤسسة دستورية لكون قراراتها نهائية وغير قابلة للطعن".

لقد وُظّف مبدأ الفصل بين السلطات في غالب الأحيان، من قبل القاضي الإداري سلبيا، بأن قرّر الامتناع عن التدخل (الاختصاص بالنظر)، وإيجابيا بأن قرّر اختصاصه، ففي الأمر الاستعجالي لـ 2013/06/27 في قضية المجلس الشعبي الولائي للأغواط يذكر: "إنّ تعزيز سُبل الطعن وتأهيل الجهات القضائية للنظر في النزاعات الانتخابية يستندان الى مبدأ الفصل بين السلطات الذي ينيط الإدارة بتنظيم وتسيير العمليات الانتخابية ويخوّل للعدالة سلطة مراقبة نزاهتها...".

وهكذا فإنّ القاضي الإداري يجعل من المبدأ معيار توزيع الاختصاصات بينه وبين الإدارة، ويقيّم ذلك على أساس من فلسفة الاختصاص القضائي.

وسنرى في الفصل الثاني من هذا الباب تأثير فلسفة المبدأ في تقرير سلطات الإدارة.

وقد أحدث قرار المجلس الدستوري المتعلّق بمحافظة الجزائر الكبرى[3]آثاراً كبرى حيث تأثّر المشرّع والقاضي الإداري بذلك سواء ما يتعلّق باللامركزية (الفقرة الثانية)، أو ما تَعلق بالدولة وهو ما سنتناوله.

فرغم أنه قرار مقتضب وضئيل، ويمكن مناقشة عدّة جوانب منهتقتضي النّقد، إلا أنّه ذكر بعض ذلك التأثير فيما يتعلّق بالدولة.

---

[1]مجلس الدولة، قضية: بلدية تغزوت ضد والي ولاية الوادي ومن معه بتاريخ 2003/05/06، مجلّة مجلس الدولة 2003، العدد 04، ص 128.
[2]قرار منشور في مجلّة إدارة الصادرة عن المدرسة الوطنية لإدارة، العدد 02، سنة 1999، ص 163.
[3]قراررقم 2000، الجريدة الرسمية، عدد: 15، سنة 2000.

فمقارنة بالنظام الفرنسي، حيث أنّ اللامركزية قد استفادت من تأسيس دستوري في بداية الأمر[1]، ليكثّف التأطير الدستوري لما يصنف "كحريّة إدارة الجماعات الإقليمية"[2] ليواجه مسلسل الأوربة européanisation لإثبات خصوصيته[3]، ويقوم المؤتمر بالتعديل الدستوري لـ 2003 في عهد حكومة Raffarin في محاولة للاستجابة لذلك التوجّه وكذا الحفاظ على الطابع الوحدوي للجمهورية الفرنسية[4]، فإنّ مسألة الأسس الدستورية للامركزية لم تثر بشكل أساسي في النقاش العام أو في البحوث القانونية، وكان القرار المتعلق بمحافظة الجزائر الكبرى مناسبة مهمة، وإن كانت تبدو عابرة وهامشية

إنّ اجتهاد المجلس الدستوري في قرار محافظه الجزائر الكبرى قد حقّق نتيجتين: فأمّا الاولى فتتعلق بتأسيسه الأسس الدستورية للجماعات الإقليمية[5]، وأمّا النتيجة الثانية، فهي امتداد أثرها الى تحديد المبادئ التي تحكم الدولة في عمومها والمتمثلة في مبدأي: الوحدة والمساواة. إنّ ذلك أمر يعود الي التصور الشامل la conception universaliste المكرّس منذ النصوص الأولى[6] الذي لا ينفصل عن فلسفه النظام ككل واحد متماسك، فهي لا تختلف عن المنطق ذاته المعتمد في النظام الفرنسي، فقد كتب الأستاذ Faure: «إنّ الأسس الدستورية المعتمدة في اقامه قانون الجماعات المحلية لا تنفصل عن النظام السياسي والإداري لدولتنا الموحدة اللامركزية...[7]»، وهو يرى أنّه بإمكان ادراجها في الشرعية الإدارية بقوله: "أنّه يمكن الاجتهاد القضائي الاداري أن يستند اليها استلهامها inspiration".

في الحقيقة، فإنّ المبادرة باستعمال الأسس الدستورية، في هذا المجال لم تصدر من القاضي الإداري، بل كانت بمبادرة من المشرع، وقد كان ذلك بمناسبة اصلاح (تعديل) قوانين البلدية والولاية.

أثار القرار إشكالية دستورية الأمر المتعلق بمحافظة الجزائر الكبرى[8]، بناءعلى إخطار من رئيس الجمهورية، واستند المجلس الدستوري في حيثياته لتقرير عدم دستوريته على المواد الدستورية التالية: 4 و15 و18 و 2/101[9]،ومواد أخربلهاصلة بالموضوع، والتي لم يكن لها أثر في تفكير المجلس الدستوري.

---

[1]Favoreu ,Les bases constitutionnelles de la décentralisation, R.D.P.

[2]L. Touvet / J. Ferstenbert / C. Cornet, Grands arrêts du droit de la décentralisation°2 ,edition, Dalloz, 2001.

[3]Alaindelcamp, la france et la charte européenne de l'autonomie locale inmélanges" : la constitution et les valeus ,"p 129.

[4]J.F .Brisson" ,La France est une République indivisible... son organisation estdécentralisée ," R.B.P, n°1, 2003, 111.

[5]BenAkezouh (Chabane), des bases constitutionnelles des collectivités.

[6] كرّس دستور 22 نوفمبر 1976 ما جاء في مواثيق اللامركزية (عرض أسباب قانون البلدية وميثاق الولاية)

[7]Op.cit., p 118. Faune

[8] الأمر رقم 97-14

[9] المادة رقم 2/101: "يُنتخَب ثلثا (3/2) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي (...)"

فقد جاء التأثير على المشرع بمناسبة النصوص الجديدة لقانوني البلدية والولاية[1]، فلجأ المشرع الى التأسيس الدستوري للنصين ليعوض غياب الأساس الدستوري لاختصاص البرلمان في المادة 122، وهي كانت سببا وفرصة لتستفيد اللامركزية من تأسيس دستوري مباشر، وهكذا، فإنّ المشرع ذكر في التأشيرة الأولى مجموعة المواد الدستورية التي استند اليها ليؤكد توجها عاما وهو التشريع على: "ضوء الضمانات الدستورية كمتطلب لدولة القانون" كما ذكر الأستاذ Hassmann[2]. تضمنت التأشيرة مواد استند اليها المجلس الدستوري وهي المواد: 4 و15، والتي نلاحظ أنّها تتعلق باللامركزية، ليضيف ويورد من الأسس التي يعتمدها لتأسيس اختصاصه، وهي المواد: الأولى[3]والمادة 4[4]والمادة 10[5]والمادة 14[6]والمادة 15[7]والمادة 16[8]والمادة 159[9].

نلاحظ أمرين في مسألة التأسيس، فأولها هي كثافته، وثانيها هي توافق القاضي الإداري، والمشرّع، والمجلس الدستوري في استعمال مجموعة أساسية من المواد الدستورية، بما يؤكد "–حوار– الفاعلين القانونيين، وهما، في الحقيقة، المحرّكين الأساسيين للدسترة، والعاملين على نشرها وتأكيد منطقها".

مما نلاحظه في هذا التأسيس الدستوري امتداده الى نظام الدولة عندما يذكر المواد الأولى والعاشرة والرابعة عشر.

وبالتالي، فإن ما يمكن توقعه، هو إمكانية استعمال هذه الأسس الدستورية من قبل القاضي الإداري.

فالمادة الأولى من الدستور تنص على أنّ: "الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية، وهي وحدة لا تتجزأ"، فالأمر يتعلق بمبدأ وحدة الدولة.

---

[1] قانون رقم 10/11 المتعلّق بالبلدية، والقانون رقم 07/12 المتعلق بالولاية

[2] Hassmann (EberhardSchmidt), « Droit administratif et justice administrative, permanence etrenouveau », RFDA, Mai-Juin 2008, p 435.

[3] المادة الأولى: "الجزائر جمهورية ديمقراطية وهي وحدة لا تتجزأ"

[4] المادة 04: "عاصمة الجمهورية مدينة الجزائر"

[5] المادة 10: "الشعب حر في اختيار ممثليه.
لا حدود لتمثيل الشعب، إلا ما نص عليه الدستور وقانون الانتخابات."

[6] المادة 14: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية.
المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته، ويراقب عمل السلطات العمومية."

[7] المادة 15: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية.
البلدية هي الجماعة القاعدية."

[8] المادة 16: "يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية، ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية."

[9] المادة 159: "تضطلع المجالس المنتخبة بوظيفة الرقابة في مدلولها الشعبي."

وقد استند قاض مجلس الدولة الى المادة الثالثة من الدستور لإلغاء قرار اداري، التي تنص على أنّ: "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية" فقد قضي مجلس الدولة بأنّه: "إضافة الى كونه محرّر باللغة الأجنبية خلافا للمادة الثالثة التي تنص على أنّ العربية هي اللغة الوطنية والرسمية..."[1]

وقد وظّف قاضي المحكمة الإدارية بالأغواط نفس المواد التي أوردها المشرع في تأسيسه لقانوني البلدية والولاية (المواد 6 و10 و14)، وليضيف مواد أخرى لم تذكر تأشيرات القانونين كالمادة الثامنة[2] مثلا.

يظهر هذا الاستعمال الكثيف للأحكام الدستورية تأثرا كبيرا باجتهاد المجلس الدستوري (قرار محافظة الجزائر الكبرى)، بأن جعل الاستناد الى المواد الدستورية يتم بصورة واسعة.

فإننا نلاحظ في مجموعة قرارات المحكمة الإدارية بالأغواط حول قضية متعلقة بهيئة لا مركزية (المجلس الشعبي الولائي) أنّها وضعت إطارا عاما يتعلق بالدولة، وخاصة ما تعلق بمبدأ وحدة الدولة، فهي لم تستند إليه صراحة (كما جاء في تأشيرات قانوني البلدية والولاية)، ولكن التأطير الدستوري الذي استعانت به عبر المواد التي ذكرناها، يبيّن وحدة هذا الإطار الدستوري.

فالقاضي الإداري (المحكمة الإدارية للأغواط)[3]، اعتبر هذه الاحكام تنطبق على جميع المؤسسات فهي تخضع لنفس المبادئ المتضمنة في المواد المستند اليها، فهي ترسم اطارا دستوريا موحدا، فينطبق على الدولة ما ينطبق على جميع الهيئات الأخرى، وخاصة الهيئات المنتخبة، فالدولة: "تقوم (...) على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية (لمادة 1/14)، و"جميع السلطات العمومية" تخضع لرقابة المجالس المنتخبة، وهذه: (...) المؤسسات من أبرز غاياتها: "حمايةالحريات الأساسية للمواطن، والازدهار الثقافي والاجتماعي للأمة".

ومهما تكن ضالة هذا الاجتهاد من حيث كونه ما زال فريدا أو يتيما، وقد يكون منعزلا، الى حين تأكيد وجود قرارات أخرى غير معروفة، فإنّ الإسهام النوعي لهذه الأوامر الاستعجالية يثبت فرضية التأثير الدستوري المباشر، والذي لا يوجد له مقدمات تنبؤ بالوصول الى هذه النتائج من حيث اللجوء الكثيف

[1] مجلس الدولة، قضية (أ.ن) ضد مجلس الاتحاد الوطني للمحامين، مجلة مجلس الدولة، سنة 2002، عدد 1، ص 147.

[2] المادة الثامنة: "يختار الشعب لنفسه مؤسسات غايتها ما يلي:

- المحافظة على الاستقلال الوطني ودعمه.
- المحافظة على اهوية، الوحدة الوطنية، وعدمها.
- حماية الحريات الأساسية للمواطن، والازدهار الثقافي والاجتماعي للأمة
- القضاء على استغلال الانسان للإنسان.
- حماية الاقتصاد الوطني من أي أشكال من أشكال التلاعب.

[3] المحكمة الإدارية للأغواط، أمر استعجالي من ساعة الى ساعة (جلسة 27 جوان 2013)، قصة هواري ميهوب ومن معه ضد بقشيش على.

للأحكام الدستورية، وبكثير من الجرأة. فأثارها من الناحية الفكرية، وخاصة على نمط تفكير القاضي الإداري تجعلنا نتنبأ بتداعيات مستقبلية، تسقط ما يمكن وصفه بالقناعات الراسخة، وخاصة ما تعلّق، بتفسير كثير من القضاة، وكذا بعض رجال القانتون، للمادة 147 من الدستور التي تجعل من القاضي مطبّقا للقانون، لا يغادر حرفيته، رغم ما نسجّله من الانتقال من الشرعية المبتورة الى الشرعية المغتناة بالدستورية

تظهر هذه الاستدلالات تأثّرا عميقا للقاضي الإداري بمضامين الدستور، وخاصة الاطار الجمهوري والديمقراطي، فإثارته لهذه الاحكام الدستورية، خاصة المواد الثامنة والتاسعة والعاشرة، جعلت منها أسسا قابلة للإثارة بشكل قضائي فعال ومؤثر في تقرير القرار القضائي، وبالتالي، فإنّنا نستتج أنه يمكن الاستعمال الموسع لكافة الاحكام الدستورية وخاصة ما تعلق منها بالإشكاليات القائمة حول تكييف بعض المرافق العمومية، واستقلاليتها، فقد تناولت قرارات المجلس الدستوري الخاصة بالقانون الأساسي بالنائب وعضو البرلمان، والهيئات العمومية والتي وضعتها تحت رقابة الحكومة[1].

الفقرة الثانية: الأسس المتعلقة بالهيئات اللامركزية

رأينا انّ قرار المجلس الدستوري حول محافظة الجزائر الكبرى قد أثّر على المشرع وعلى القاضي الإداري بشكل خاص في ما يخص المبادئ التي تحكم الدولة، وكذا تأسيسه الدستوري للامركزية.

يمكن ابراز التأثير في وضع الأسس الدستورية وتطبيقها من خلال التأكد على مبدأ المساواة بين الجماعات الإقليمية (1) وكذا تجسيد مبدأ حريتها (2).

1- مبدأ المساواة:

كان قرار المحافظة قرارا مفاجئا ومقتضبا، ولم يكن يرجى منه أي تأثير، فقد فسّر على أنّه قرار "سياسي" في حوار داخلي للإدارة، وأن لا صلة له بموضوعه.

والحقيقة ان الأحكام الدستورية المتعلقة باللامركزية ضئيلة في دستور 28 نوفمبر 1996 (مقارنة بكثافة المادة في دستور نوفمبر 1976)، وهي مبعثرة في النص الدستوري، كما رأينا، وعموما، فإنّ المواد المثارة في القرار يتعلق بالنظام ككل (الفقرة الأولى) كما برهنّا على ذلك (وحدة الدولة – الديمقراطية – الرقابة).

---

[1] القانون الأساسي المتعلق بعضو البرلمان، رأي رقم 12/ر.ق/م د/01 مؤرخ في 18 شوال 1421 الموافق لـ 31 يناير 2001، يتعلق بالرقابة على دستورية القانون ... رقم ... والمتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان.

وبتفحصنا لاجتهاد المجلس الدستوري، نستطيع استخلاص تأثره بمبدأ المساواة بالنظر الى اللامركزية. فقد تمّ التأثير على مستويين، وعلى مرحلتين إذْ أن إثارة وتطبيق مبدأ المساواة في مجال اللامركزية كان من قبل المجلس الدستوري، وأمّا على المستوى الثاني، والذي تجسد من قبل القاضي الإداري، فقد تحقق في مرحلة لاحقة.

اعتبر المجلس الدستوري نظام المحافظة غير دستوري باعتبار أنّ هذا الصنف من الجماعات الإقليمية غير منصوص عليه في المادة 15 منه التي حصرتها في جماعتين هما: البلدية والولاية، فلا يملك المشرع حرية إنشاء صنف جديد، كما هو الحال في الكثير من الأنظمة الأخرى، كما في فرنسا[1]، والمغرب[2]، ولكن المؤسس التونسي ركّز أكثر على فكرة تنمية المناطق الأكثر تخلّفا حيث انطلقت شرارة الثورة،فقد شكّل هذا «التصنيف الموحد» L'unité catégorielleضمانة للتنظيم الموحد لكل الجماعات الإقليمية داخل نفس التصنيف.

فما يمكن استنتاجه هو أنّ القضاء وحدة الصنف المؤسساتي يستند الى مبدأ المساواة، فالأوضاع خاصة داخل النظام العام (رغم اعتراف المجلس بإمكانية ذلك للعاصمة بحكم المركز دستوري طبقا للمادة الرابعة من الدستور)، وهو نتيجة تخوف من تنامي الطلب على هذا النوع من الاوضاع القانونية الخاصة الذي بدأ يظهر في الساحة الوطنية سواء بالنسبة للمدن الكبرى أو حسب المناطق.

وقد طرحت مسألة المساواة، بمناسبة رأي المجلس الدستوري حول القانون العضوي المتضمن: "توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة"

فقد أثار المجلس مسألة عدم المساواة في نسب التمثيل النسبي بين البلديات، حيث أثيرت إشكالية المادة التالية في الإخطار، فهي تنصّ على أنّ في انتخابات المجالس الشعبية البلدية تتشكّل من: "30% للمجالس الشعبية البلدية الموجودة بمقرات الدوائر، وبالبلديات التي يزيد عدد سكانها عن عشرين ألف 20.000 نسمة" (المادة الثالثة / الفقرة الثانية) فيما يتعلق بتحديد النسبة المخصصة للمرأة قوائم المترشحين، وقد كانت حيثيات المجلس ذكرت أنّ: " (...) الفقرة الثالثة من الفقرة 2 من القانون العضوي، موضوع الإخطار المذكور أعلاه، تخص في حكمها بعض البلديات، وتتفادى ذكر البلديات الأخرى.

---

[1] المادة 72 من دستور أكتوبر 1958.

[2] الفصل 135 من مشروع الدستور في: «الجريدة الرسمية، المملكة المغربية، النشرة العامة، بتاريخ 17 يونيو 2011، ص 2963.

الفصل 1/135 (في الباب التاسع: الجهات والجماعات الترابية الأخرى): «الجماعات الترابية للملكة هي الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات»

- واعتبارا أنّ القانون لا يمكن أن يحدث أي تمييز بين المواطنين، بالنظر لمبدأ المساواة أمام القانون، طبقا للمادة 29 من الدستور".
- واعتبارا أنّ احكام الفقرة الثالثة تفادت تحديد النسبة المخصصة للمرأة في قوائم المترشحين في البلديات التي ليست مقر دائرة أو يقل عدد سكانها عن عشرين ألف 20.000 نسمة.
- واعتبارا أنّه إذا كان المشرع لم يقصد اقصاء المرأة من حق التمثيل في المجالس المنتخبة في هذه البلديات، بل سنّها لتفادي رفض قوائم المترشحين، إذا لم تتضمن عددا كافيا من النسب، بسبب القيود الاجتماعية والثقافية، فإن أحكام هذه الفقرة تعتبر مطابق للدستور، شريطة مراعاة هذا التحفظ".

يبرز القرار إشكالية المساواة المتعلقة بوضع المرأة في القانون الانتخابي الذي جاء تطبيقا للمادة 31 مكرر 1 من الدستور، عبر ما ترتب عنه من إشكالية عدم المساواة بين البلديات مقار الدوائر والبلديات الكبيرة نسبيا (20.000 نسمة) وقد برّر القاضي الدستوري بالأخذ بعين الاعتبار لما سماه: " القيود الاجتماعية الثقافية"، وقد أظهرت معايير إدارية بحته (وجود دوائر إدارية، وشأن إحداثها يعود للسلطة التقديرية للإدارة)، وديمغرافية (عدد السكان)، وهي تثار لثاني مرّة على مستوى دستوري (بعد قرار محافظة الجزائر الكبرى).

وتبيّن هذه الإثارة الدستورية، الصلة الموجودة بين المساواة بين المواطنين واللامركزية، فالمساواة بين المواطنين تقتضي المساواة بين الجماعات الإقليمية، وهو ما يفهم من طرح مسألة دستورية النسب المختلفة (في التمثيل النسوي السياسي)، ويكتسي هذا الإخطار أهمية كبيرة لمجرد إثارة مسألة المساواة وإن كان الرد غير مقنع، فالتحفظ غامض، ويصعب الاحتجاج به، فما استنتجناه من مساواة في قرارا المحافظة أورد عليه المشرع قيدا بتحفظ تفسيري من المجلس الدستوري.

والحقيقة أنّ المشرع (قانوني البلدية والولاية الجديدين) قد أدرج المادة 31 مكرر في التأشيرات المؤسِسة لهما.

ومهما يكن، فقد أسهم المشرع، بمناسبة صدور قانوني البلدية والولاية، في تأكيد مبدأ المساواة بتكريسه لنفس الأسس الدستورية، سواء بالنسبة للبلدية والولاية، فقد أورد في تأشيرات القانونين نفس المواد الدستورية[1]، والتي هي تعزيز (consolidation) للأسس التي اعتمدها المجلس في قرار المحافظة، ومن

[1] المواد: الأولى و4 و10 و14 و15 و16 و31 مكرر و119 و122 و125 و126 و159.

قبله الرأي المتعلق بتأجيل انتخابات تحديد المجالس المنتخبة البلدية والولائية لسنة 1989[1] الذي استند الى المادتين 14 و16 من الدستور، والتي تدعّمت بتأشيرات القانون المتضمن تأجيل تجديد المجالس المحلية لعام 2007[2] حيث كانت تأشيرات القانون تتمثل في المواد: 10 و14 و15 و32 و50 على وجه الخصوص. بذلك استفادت اللامركزية في كل أبعادها بتأسيس متصاعد ومكثّف. فلا شكّ أنّ هذا التأسيس الموحد، ينطلق من تصوّر ينبع من مبدأ المساواة بين الجماعات الإقليمية ككل، مما يرتب عدّة نتائج منطقية تتعلق بأثر هذه المساواة، ويمكن أن نستنتج ذلك في ما يتعلّق بالمساواة داخل كل صنف من الجماعات الإقليمية وبين الجماعات الإقليمية ككل، أي المساواة بين البلديات والولاية وينجرّ عن هذا التصوّر انتفاء قيام علاقة تبعية أو وصاية بين البلدية والولاية.

فالمعايير التي استند اليها القاضي الدستوري، بمناسبة قرار محافظة الجزائر الكبرى هي من المبادئ العامة التي تتميز بالتجريد والعمومية، التي يصعب إثارتها في منازعة إدارية، ولكن هذا التساؤل يزول بمجرد اطلاعنا على بعض الاحكام القضائية.

فقد استند القاضي الإداري الى أحكام الدستور لضمان المساواة في مجال الانتخابات المحلية مما يظهر أنّه: "(...) يمكن للقاضي الإداري أن يستمد من النص الأساسي المعيار القضائي الفعال للحل بالنسبة لنزاع ما"*[3].

ففي سلسلة أوامر تتعلّق بانتخاب رئيس المجلس الشعبي الولائي بالأغواط، ركّز على مبدأ أساسي وهو حرّية انتخاب المواطنين والمساواة بينهم مستندا الى كل الكتلة الدستورية الجزائرية حيث ذكر المادة 35 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تنص على: " (...) أن يشارك في إدارة الشؤون العامة إمّا مباشرة او بواسطة ممثلين يختارون في حرّية، أن يَنتخِب ويُنتخَب... أن تتاح له فرصة تقلد الوظائف العام"، وقد استند أيضا الى جملة من المواد الدستورية كالمواد: 6 و7 و8 و10 و14 و31 مكرّر.

---

[1] رأي رقم: 02-ر.ق-م.د-1998، مؤرخ في 11 جمادى الأولى 1410 الموافق لـ 09 ديسمبر 1989 يتعلق بالقانون المتضمن تأجيل الانتخابات تحديد المجالس الشعبية والبلدية والولاية، مجموعة آراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائري (89-2012).

[2] رأي رقم 01/ر.م.د/07/ في 23 يوليو 2007 يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن تأجيل الانتخابات لتحديد المجالس

[3] Faure Bertrand, Le rôle du Juge Constitutionnel dans L'élaboration du droit desCollectivités Locales, revue pouvoirs n 99 ; année 2001, p 117.

* الترجمة للطالب:

وقد واصل تحييثه بالاستناد الى المادة 29 المتعلقة بالمساواة و32 و35، وكذا المادة 50 التي تنص على أنّ: "لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية أو يَنتخِب ويُنتخَب"، كما أنّ: "جميع المواطنين متساوون في تقلد المهام والوظائف" (المادة 51).

ومما يمكن الاستدلال به تدعيما لمبدأ المساواة بين الجماعات الإقليمية، هي ذكره للمادة 101/2 المتعلقة بمجلس الأمة حيث: "ينتخب ثلثا (2/3) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع السري من بين ومن طرف أعضاء المجالس البلدية والمجلس الشعبي الولائي (...)"

ويواصل نفس القاضي في امر آخر[1]،في نفس القضية للتأكيد على فكرة المساواة مستنداً الى المادتين 139 وكذا 140 التي تنص على أنّ: " أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع، ويجسده احترام القانون"، فالأمر يتعلّق بالمساوة بين المنتخبين وهي نتيجة للمساواة بين المواطنين.

نرى أنّ قاضي المحكمة الإدارية قد أقام صرحا قانونيا بالاعتماد على المواد الدستورية، انطلاقا من مبدأ المساواة بين المواطنين والتي تتجسد في مساواة المواطنين كناخبين والتي يمارسونها عن طريق الاقتراع العام، والتي ترتب عنها المساواة بين المنتخبين، ففي هذه القضية، ذكر القاضي في الحيثيته نفسها (المواد 139، 140)، أنّه: "وبحسب هاتين المادتين، فإن أيّ شخص يرى نفسه متضررا من أي فعل، من حقه اللجوء الى القضاء ولا وجود للاستثناء (...)".

ويبدو أنّ مبدا المساواة قد حظي بأولوية على مبدأ الحرية في ما يبدو من تطور التأسيس الدستوري (2)

2- مبدا الحرية:

لا تكاد نجد ذكر لمصطلح حرية الجماعات الإقليمية في النص الدستوري أو آراء وقرارات المجلس الدستوري، فهو غير مكرّس صراحة، ولكننا نجد له آثارا في بعض قرارات المجلس الدستوري في شكل "مبعثر" (أ)، بعكس القضاء الإداري الذي استند الى مبدأ الحرية ليجعل نفسه ضامنا له تطبيقا للمادة 139 من الدستور (ب).

---

[1] أمر استعجالي، المحكمة الإدارية للأغواط، (القضية رقم 00238-13 بتاريخ 2013/07/18، بقشيش على ضد هواري ميهوب، غير منشورة)

(أ) فقد أكّد المجلس الدستوري على مبدأ حرية الجماعات الإقليمية، في رأي[1] الثاني لسنة 1989، وذلك من خلال الحيثية التي استند اليها، فقد ذكر أنّه: "اعتبارا بأنّ تطبيق الدستور، لا سيما في مادتيه 14 و16 يقتضي توفير الشروط التي تسمح بطبيعتها لمواطنين بحرية اختيار ممثليهم في مختلف المجالس الشعبية"، فالانتحاب الذي يُعدّ ضمانة للاستقلالية العضوية للجماعات الإقليمية من حيث تأسيسها، فقد قضى بدستورية القانون الذي أقرّه المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 05 ديسمبر 1989 المتضمن تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية البلدية: "اعتبارا أنّ القانون المصادق عليه والمتضمن تأجيل انتخابات تجديد المجالس (...)، يستجيب لهذه الغاية"، أي احترام حرية اختيار الممثلين، بدلا من : "تمديد الفترة النيابية (...) علما بأنّ الطابع الإلزامي لمدة الفترة النيابية المحددة يتنافى مع كل تمديد"

قضى المجلس الدستوري بأن حرية الانتخابات هي تطبيق للمواد 14 و16 من الدستور، فاللامركزية حرية لصالح المواطنين، مما يرسخ مفهوما للمواطنة، حيث تصبح اللامركزية أحد أسسها.

والحقيقة، انّ التأسيس لحرية الجماعات الإقليمية إنطلاقا من حرية الانتخاب، تبدو، مخالفة للمنطق الذي عرفته النظم المقارنة، وخاصة النظام الفرنسي، والذي ركز على الجوانب المؤسساتية والمالية، مما جعل الوزير الأول الفرنسي السابق PierreMauroy يصف اللامركزية الفرنسية بأنّها: "بقيت وغلب عليها الطابع المؤسسي"[2] "elle est resté trop institutionnelle"

وقد ركّز المجلس الدستوري على هذا الجانب السياسي في تأسيسه لهذه الحرية.

وقد عاود المجلس تأكيد على هذه الحرية في رأيه المتعلق بالقانون العضوي المتضمن تأجيل الانتخابات لتجديد المجالس الشعبية البلدية والولائية[3] عندماعتبر أنّ: "عدم ادراج المشرّع للمادة 10 التي تنص على حرية اختيار الشعب لممثليه، يعدّ سهوا لأنها: "تشكل مرجعا أساسيا للاستناد اليها ضمن التأشيرات".

---

[1] رأي رقم 2-ر.ق-م.د-1989 مؤرخ في جمادى الأولى عام 1410 الموافق لـ 09 ديسمبر 1989 يتعلّق بالقانون المتضمن تأجيل انتخابات المجالس العبية البلدية.

[2] Mauroy P.le rapport, sur" : la décentralisation ,"l'annuaire des collectivités locales, l'année 2004.

[3] رأي رقم 01/ر.م.د/07 مؤرخ في 08 رجب عام 1428 الموافق لـ 28 يوليو سنة 2007، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن تأجيل الانتخابات لتجديد المجالس الشعبية والبلدية والولائية المنبثقة عن انتخابات 10 أكتوبر 2002 والانتخابات الجزئية ليوم 24 نوفمبر 2005، للدستور –الحيثية رقم 02.

والحقيقة أنّ تأكيدنا على مبدأ الحرية الذي ينطبق على الجماعات الإقليمية لا يتطابق مع المعنى المتعارف عليه، خاصة في النظام اللامركزي الفرنسي[1] والمتأثرين به كالنظام المغربي، فلم يطور المجلس الدستوري أي إطار أو تصوّر دستوري، في هذا المجال، ومهما يكن، فإننا يمكن رصد بداية لتأسيس تصوّر دستوري لهذه الاستقلالية من حيث التسيير من خلال الحيثية التالية: "أنّ المشرّع حين نصّ صراحة في القانون العضوي، على مضمون هذا القانون العضوي (...) وأقر بانتهاء عهدتها الانتخابية وقلّص من صلاحياتها خلال فترة التأجيل يكون قد احترم الطابع الالزامي للعهدة المستمدة من الإرادة الشعبية التي تخول المنتخبين ممارسة صلاحياتهم كاملة غير منقوصة أثناء سريان العهدة الانتخابية فقط"، فقد اسند صلاحيات تسيير شؤونها خلال فترة التأجيل الى نفس المجالس المنتهية عهدتها ما عدا التصرف في الأملاك العقارية، فالمجلس الدستوري يرى: "أنّ التأجيل الاستثنائي لتجديد المجالس الشعبية والبلدية والولائية (...)، لا تتعارض مع أي حكم أو مبدئ دستوري آخر". فالمجلس يعترف باستقلالية ممارسة "صلاحيات كاملة غير منقوصة" بما يعد ضمانة لاستقلاليتها الوظيفية، حيث اعتبر أنّ عنصر الاختصاصات ركنا أساسيا في اللامركزية، فهذه الإشارة البسيطة، والتي يمكن اعتبارها إشارة عابرة، لا تكاد ترصد، تبرز أهمية عنصر الاختصاص كركن اللامركزية. وقد ترتّب على ذلك حماية دستورية من قبل المجلس الدستوري، فقضاؤه بدستورية ذلك القانون، لكون المشرع قد قرّر أحكاما لحماية الهيئات المنتخبة وكذا حماية اختصاصاتها.

وهكذا، فإنّنا نكون بصدد إطار دستوري نسيجه مجموعة المواد الدستورية المشار إليها، وكذا مضامين آراء وقرارات المجلس الدستوري. فرغم هذه "البعثرة" لهذه المعايير الدستورية، فيمكن القول أنّها بذور قابلة للنمو، بحكم الاهتمام بالإطار الدستوري للامركزية من قبل الفاعلين السياسيين[2] والقانونيين.

ومما يعزّز ذلك ما عثرنا عليه في قرار محافظة الجزائر الكبرى مما نعتبره عنصرا من عناصر حرية الجماعات الإقليمية، متمثلا في استناده في حيثيته الثانية على المادة 18 (الفقرة الثانية)[3] فامتلاك هذه الجماعات لأملاك هو ضمانة دستورية لاستقلاليتها في الإدارة والتسيير والذي يمكن القياس عليه، والحكم بأنّ نية المؤسس الدستوري انصرف الى منح استقلالية لها في باقي عناصر نظامها القانوني.

---

[1] المادة 72: من الدستور الفرنسي.

[2] المسألة المثارة حول دستورية ما يسمى "الولايات المنتدبة" المؤسسة أخيرا. ونرى أنّه طرح خاطئ، بحكم الاستعمال والتوظيف غير العلمي والدقيق للمصطلح في حد ذاته.

[3] المادة 2/18: "وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة، والولاية والبلدية".

فالمادة 170 من الدستور[1] تعترف بامتلاكها لذمة مالية مستقلة، بما يعدّ أساسا دستوريا لاستقلاليتها المالية، والتي تعدّ، بالتالي ضمانة دستورية لحمايتها في مواجهة الدولة.

وإذا كانت حرية الجماعات الإقليمية قد وجدت لها في هذه المعايير الدستورية (من نص الدستور ومن آراء وقرارات المجلس الدستوري) أساسا دستوريا ضئيلا لم تعضده أحكام أخرى لتقوي الضمانات الممنوحة لها، فإننا لم نجد ما يحدّها ويقيّدها من رقابة منصوص عليها في الدستور، كما في النص الفرنسي والمغربي (ممثلة في ممثل الحكومة)، وإن حدثت كواقع تشريعي، فلم يمنح الدستور أي أساس شكلي صريح أو اطار دستوري لرقابة شرعية أعمال الجماعات الإقليمية، ولكن المبادرة جاءت من المشرع في القانونين الجديدين[2] حيث انّ الوالي يبطل مداولات المجلس الشعبي البلدي المخالفة للأحكام الدستورية (المادة 59 /الفقرة1/المطة1)، ويَحُلّ المجالس المنتخبة في حالة: "إخلال بالأحكام الدستورية" (المادة46/المطة الأولى من قانون البلدية، والمادة 148 من قانون الولاية/المطة الأولى).

الحقيقة، فإنّ مبادئ حماية الموارد المالية للجماعات الإقليمية قد قننت في قانون البلدية والولاية الصادرين، بمناسبة التعديلات الأخيرة، بما يمنحها ضمانة ذات طابع تشريعي[3]، مقارنة بما جاء في الدستور المغربي الذي تضمّن ذلك حيث نصّ الفصل 141 على أنّ: «تتوفّر الجهات والجماعات الترابية الأخرى، على مواد ذاتية، وموارد مالية موجودة من قبل الدولة» (الفقرة الاولى)، وأنّ: «كل اختصاص تنقله الدولة الى الجهات والجماعات الترابية الأخرى يكون مقترنا بتحويل الموارد المطابقة له» (الفقرة الثانية)، والذي قد حاكى الدستور الفرنسي في الصياغة الجديدة للمادة 72، في فقرتها الثانية، والذي جسده القانوني العضوي لـ 29 جويلية 2004، والذي قضى المجلس الدستوري الفرنسي فيه أنّه: «(...) يمكن له (...) رقابة الاعمال التشريعية التي يمكن أن تمس الطابع المؤثر لنصيب الموارد الخاصة لأي صنف من الجماعات الإقليمية» (الحيثية 21)[4]

يمكننا بالتالي أن نستنتج أنّ حريتها (العضوية)، وكذا حرية عملها (المداولات) ترد عليها القيود (الأحكام الدستورية).

---

[1] المادة 1/170: "يؤسس مجلس محاسبة يكل بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية".

[2] القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية، والقانون رقم 07/12 المتعلق بالولاية.

[3] المادة 2/4 من قانون البلدية: «يرافقكلمهمةجديدةيعهدبهاإلىالبلدية أو تحول لها من الدولة، التوفير المتلازم للمواد الضرورية للتكفّل بهذه المهمة بصفة دائمة».

[4]D. C. N2004-500 °du 29 Juillet 2004, autonomie financière des collectivitésterritoriales, in : »les grandes décisions du conseil constitutionnel«, p.333

ومما يمكن ملاحظته أنّ هذا الحكم قد تم تعميمه على كافة أحكام الدستور بدون تمييز، فقد كانت تؤكد على احكام المواد 2 و9 من الدستور في نصوص أفريل 1990، وبالتالي، تصبح الرقابة الإدارية ضمانة من الضمانات الدستورية حيث أنّه الضمان الأسمى للحقوق والحريات، وهو ما ينسجم مع التوجيه التشريعي الي يقضي بأن يمارس رئيس المجلس الشعبي البلدي مهامه (خاصة الضبطيةمنها) في إطار احترام حقوق المواطنين وحرياتهم (المادة/94) بذلك، يصبح الدستور حاملا لنظام عام دستورييرد على حرية الجماعات الإقليمية.

فممارسة الحريات والحقوق من قبل كل المواطنين قيّد على حرية هذه الجماعات عموما، والحقيقة أنّ هذا الحكم التشريعي قد جعل من ممثل الدولة ضامنا للدستور، مما يجعل كل السلطات الإدارية معنية بالمتطلبات الدستورية، وقد يكون ذلك من الوسائل الفاعلة في انشاء التأثير الدستوري، بما يحمله من محتوى ومضمون ألا وهو ضمانة الحقوق والحريات.

والحقيقة، أنّ ما سيجعل المبادئ أكثر فاعلية هو استعمالها من قبل القضاة والمتقاضين، وقد كان اجتهاد القضاة في هذا المجال حديثا، في بعض الاحكام[1]، وضئيلا ولا يمكننا التأكيد على وجوده الواسع، ولكن تفحص بعضها يجعلنا نتفاجأ لكثافة اللجوء للأحكام الدستورية.

ورغم قلّة القرارات القضائية التي تسمح بتأكيد توجّه القضاء الإداري الى حماية حرية الجماعات الإقليمية، فالصعوبة قائمة، وهو لا يختلف عن الصعوبة التي لقاها القاضي الفرنسي فقد أعتبر أحد القضاة أنّ: «القاضي يتحمّل مسؤولية ضمان التوفيق بين متطلبات يصعب انسجامها وهي: مبدأ الاستقلالية المحلي، واحترام القاعدة القانونية، وتعميق الديمقراطية»[2]

سبق لنا وان برهنّا على الأساس القوي لتأثير الدستور بفضل الوظيفة الدستورية للقاضي حامي الحريات بالاستناد الى المادة 139 من الدستور. وقد كان إصلاح أوامر الاستعجال الإدارية، كما أكدنا سابقا (المطلب الأول)، محركا قويا لذلك.

فتأسيس دعوى إدارية استعجالية وفقا للمادتين 919 و920 من قانون الإجراءات المدنية والادارية «وقف المساس بحرية أساسية» سيسمح بضمانة قضائية كبيرة، فالمادة 920 تنصّ على أنّه: "يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من طرف

---

[1] الأحكام غير منشورة وهي حديثة وقليلة.

[2]Raphaël Hadaslebel, le juge administratif et l'autonomie locale (conseillerd'Etat de France), A.J.D.A, numéro spécial 9, 1999, p 107.

الأشخاص المعنوية العامة أثناء ممارستها سلطاتها متى كانت هاته الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات، ويفصّل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في أجل 48 ساعة من تاريخ تسجيل الطلب".

إنّ تفحصنا للأوامر الاستعجالية المتعلق بانتخاب رئيس المجلس الولائي للأغواط يمنحنا الفرصة للإجابة على مجموعة من المسائل المتعلقة بحرية إدارة الجماعات الإقليمية من حيث ضمانات استقلاليتها (أي العناصر).

فالقاضي الإداري (المحكمة الإدارية للأغواط) حشد مجموعة من الأحكام الدستورية ليستطيع تكييف حرية الجماعات الإقليمية (من خلال حرية انتخاب رئيس مجلسها) كحرية أساسية ورتب عليها عدّة نتائج فأمّا كونها حرية أساسية فقد استند الى مجموعة كبيرة من المواد الدستورية، فقد استند الى المادة 35 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنصّ على أنّ المواطن: " (...) يشارك في إدارة الشؤون العامة إما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون في حرية، أن يَنتخِب ويُنتخَب...، ان تتاح له .... فرصة تقلد الوظائف العامة (...) ثم يُوردالديباجة (الفقرة الثامنة)، والمواد: 50 و 51 من الدستور.

فالأمر كان في هذه القضية يتعلّق بتأكيد حرية اختيار المواطنين في مواجهة تحيّز الإدارة لأحد المرشحين على حساب مرشح آخر لرئاسة المجلس الشعبي الولائي.

فالقاضي يذكر بأن:" عمل الإدارة العمومية يكون بعيدا عن التحيز لأحد المترشحين أو ضدهم..."(جزء من حيثية)، و:" (...) الممارسة الانتخابية النزيهة هي من الحقوق والحريات الأساسية المضمونة ..." طبقا للمواد 50 و 51 و 29 من الدستور (جزء من حيثية).

وأمّا من حيث النتائج التي رتبها للدفاع وحماية حرية المجلس الشعبي الولائي، فقد استند إلى: "المادة 02 من قانون الولاية التي تنص بأنه للولاية هيئتان: المجلس الشعبي الولائي والوالي، ويفهم بأن الهيئتين متوازيتين وفي نفس الرتبة ولا توجد بين الهيئتين علاقة تبعية " لتأكيد استقلالية المجلس، وقد عزز هذه الاستقلالية بالاستناد إلى المادتين 58 و 61 حيث فسرهما من زاوية الاستقلالية في ما يخص مسألة التنصيب حيث: "أن المادة 61 من قانون الولاية يفهم منها بأنّ رئيس المجلس الشعبي الولائي ينصب بحضور الوالي وأعضاء..، أي أن الوالي يحضر عملية التنصيب لكنه ليس هو من يقوم بها، وبالتالي لا يصح قانونا القول بأن الوالي هو من ينصب رئيس المجلس الشعبي الولائي، (...)" ويضيف في حيثية لاحقة: "(...) أن المادة 58 من قانون الولاية يفهم منها بأنّ المجلس الشعبي الولائي هو من

ينتخب وينصب رئيسه"، ويضيف القاضي أنّ التنصيب: "(...) ليس هو من يشرف عليها اشرافا سلميا " فالأمر بالنسبة للقاضي يتعلق بـ:" الحرية مطالب بوقف المساس بها (...)" تتعلق أصلا بالممارسة الانتخابية داخل مجلس منتخب غير تابع وغير خاضع سلميا للوالي (...)" ، وقد أعاد نفس القاضي التأكيد على تفسيره ردا على ادعاء المدعي في الأمر الصادر في 2013/07/18 عند ذكر أنه فيما يخص مسألة انتخاب رئيس المجلس الشعبي الولائي مسألة داخلية لا يحق للإدارة ولا للقضاة التدخل فيها فإن المحكمة ترى بأن هذا الزعم جاء مخالفا لأحكام المادتين 139 من الدستور: "تحمي السّلطة القضائية المجتمع والحرّيات، وتضمن للجميع ولكلّ واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية" والمادة 140 التي تنصّ على أنّ: "أساس القضاء مبادئ الشّرعيّة والمساواة"

قدم هذا الحكم مفهوما قانونيا دقيقا وواسعا لنتائج حرية جماعات الإقليمية عبر مجلسها المنتخب، فهو قد مدد مفهوم الحرية الأساسية لشخص معنوي عام، فهو لم يرتب آثارا كثيرة، ولكنه فتح أبوابا كانت موصده، فهي قد أصبحت وسائل قضائية تصلح كدفوع للأفراد، وحثّ الى إمكانية إثارة أسس أخرى كضمانات للحرية الأساسية المتمثلة والمتجسّدة في المجلس المنتخب كمعيار وعنصر للامركزية الإقليمية.

والحقيقة، أنّ الآفاق التي فتحتها دعاوي الاستعجال الإداري لوقف المساس بالحريات الأساسية، وأثارها على ما تعلق بمسألة اللامركزية كحرية، وإن كانت تظهر كزعم مطلق، في انتظار المنازعات القادمة ومدى اجتهاد القاضي الإداري في التوفيق بين الحريات والنظام العام، في مجتمع تطبعه الحركية التشريعية وقد خلق في النظام آثاره حتى على مستوى التصور النظري[1] وقد تتاح فرصة للمجلس الدستوري بأن يقضي في كثير من المسائل التي تثار في المستقبل حسب منهجية تفكيره التي تطبعها التشبث الشكلي بالإصلاح الدستوري، ودفاعه المستميث عن الحريات والحقوق.

الفرع الثاني: المعايير المتعلقة بالحقوق والحريات.

برهن اجتهاد القاضي الإداري الجزائري على إمكانية الاستعمال الواسع للمعايير الدستورية في الدعاوى الإدارية، حيث لا تقتصر على تنظيم العلاقة بين السلطات (الفرع الأول)، بل تتعداها الى التأثير على علاقة المواطن بالإدارة، فالمواد القابلة للإثارة أمام القاضي كثيرة، وسنذكر ما تم الاستناد اليه فعليّاً في القرارات التي اطّلعنا عليها.

---

[1] EricSales, Vers l’émergence d’un droit administratif des libertés fondamentales ,? RDP, n°1, 2004.

فسنعرض ما تعلق منها بحقوق بالإنسان (الأفراد) (الفقرة الأولى)، ثم ما تعلق به كمواطن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المعايير المتعلقة بالإنسان (الأفراد)

لقد أسس القاضي الإداري اختصاصه بحماية الحقوق والحريات على المادة 139 من الدستور في عدّة قرارات أشرنا اليها[1] وقد استعان بالمواد 32 و35، فالأولى تنص: "الحرّيات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة" والثانية تنص على: "يعاقب القانون علىالمخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحرّيات وعلى كلّ ما يمسّ سلامة الإنسان البدنيّة والمعنويّة".

يمكن أن نتناول ما يرتبط بممارسة حريات أساسية للأفراد (1)، وكذا ما يتعلق بالحقوق المرتبطة بما يمكن تكييفه بالضمانات (2).

(1) لقد تبنى القاضي الإداري مفهوما واسعا للحرية استنادا على المادة 139 التي جعلته حاميا "للحريات"، مما يمكن وصفه بالتأثر باجتهاد المجلس الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات، وخاصة ما تعلّق منها بمبدأ المساواة، ومن الحريات التي نوردها، هي ما تمّ الاجتهاد فيه والقضاء به مما يمكن وصفه بـ "حوار القضاة"[2]، أين تناوله كل من قبل المجلس الدستوري والقضاء الإداري.

إنّ حرية الإقامة هي أبرز ما نورده نظرا لكثرة إثارته، فقد نص الدستور في مادته 44 على أنّه: «يحق لكل مواطن يتمتّع بحقوق المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن ينتقل عبر التراب الوطني، حق الدخول الى التراب الوطني والخروج منه مضمون».

فقد قضى المجلس الدستوري في رأيه في أمر الأحزاب في 06 مارس 1997[3] أن ما تشترطه المادة 13 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية من الأعضاء المؤسسين للحزب، ومن إقامة منتظمة على التراب الوطني، فهذا: "(...) الشرط يخل بمقتضيات المادة 44 من الدستور (...)"، فيذكر المجلس في حيثيته أنّ: "المؤسس الدستوري، باقتصاره على ذكر حرية اختيار

[1] سلسلة قرارات سابقة التناول في المطلب السابق والفرع السابق.

[2] Dialoguede juges

[3] رأي رقم 01/ر.أ.ف عض، م.د المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997 المتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن قانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور (ص 97).

موطن الإقامة دون ربطه بالإقليم، كان يهدف الى تمكين الموطن من ممارسة احدى الحريات السياسية المكرسة في الدستور والمتمثلة في حرية اختيار موطن اقامته داخل او خارج التراب الوطني".

وقد عاود المجلس التأكيد على نفس الحرية في راي حديث[1] عندما نص في حيثيه أنّ: "(...) **اشتراط شهادة الإقامة للأعضاء المؤسسين في ملف التصريح بتأسيس حزب سياسي، (...)**"، على اعتبار: "(...) **اشتراط الإقامة (...) يتعارض مع مقتضيات المادة 44 من الدستور(...)**"، "(...) **حرية اختيار موطن الإقامة دون ربطه بالأقاليم، (...) يهدف الى تمكين المواطن من ممارسة احدى الحريات الأساسية المكرسة في الدستور (...)**"، وقد طبّق نفس الأمر، في ما يتعلق بحرية الإقامة، فقد قضي وأبطل شرط الإقامة في الجزائر الذي جاء في مشروع القانون العضوي للإعلام 05/12 بالنسبة لمسؤول أي نشرية دورية، مستندا الى الرأي الصادر في سنة 1997[2].

سنحت الفرصة لمجلس الدولة للقضاء على أساس المادة 44 في قرار حديث[3]، فالقرار يتعلق بالمنع من الدخول الى التراب الوطني ضد شخص يحمل جنسية جزائرية، ويتمتع بكامل حقوقه، بمجرد أدائه الخدمة العسكرية الإجبارية في الجيش الفرنسي، فقد ألغى المجلس القرار بالاستناد الى الحيثية التي نصها: " (...) **وطبقا للمادة 44 من الدستور التي تنص على أنّه** " (...)"، **يتعين القول أنّه يحق للمدعي التمتع بهذه الحرية الأساسية التي تستند الى أساس دستوري والتي تكون السطات التنفيذية مكلّفة بوضعها قيد التطبيق**".

ولعل من أوكد الحريات ما تعلّق بالحرية الشخصية، وخاصة ما تعلق بالحياة الخاصة، وكانت سنحت الفرصة للمجلس الدستوري بمناسبة رقابته لتعديل أمر الانتخابات في سنة 2004[4] فيما يتعلق بالحصول على نسخة من القائمة الانتخابية البلدية، فقد اعتبرها أنّها جاءت "(...) لتقرير حق للأطراف المشاركة في الانتخابات، ولكنّه أورد تحفظا على ذلك فقد رأى: " انّ تقرير هذا الحق لا يمكن ممارسته

---

[1] رأي رقم 01/ر.م.د/12 مؤرخ في 14 صفر عام 1433 الموافق لـ 08 يناير سنة 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

[2] رأي رقم 02/ر.م.د/12 مؤرخ في 14 صفر عام 1433 الموافق لـ 08 يناير سنة 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام، للدستور (المطة 5 من المادة 23 من ....).

[3] مجلس الدولة، القرار رقم 052342 المؤرخ في 2009/10/21، مجلة مجلس الدولة، العدد: 10، السنة 2012، ص 164.

[4] رأي رقم 01/ر.ق.ع/م.د/04 مؤرخ في 14 ذي الحجة سنة 1424 الموافق لـ 05 فبراير سنة 2004، يتعلق بمراقبة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر 97-07 المؤرخ في 27 شوال 1417 الموافق لـ 06 مارس والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

دون التقيد باحترام الحقوق المعترف بها للغير بموجب أحكام الدستور، لا سيما المادة 63 منه[1]، وليواصل تأسيسه في حيثية تالية فـ "...أنّ المادتين 35 و39 (الفقرة الأولى) من الدستور قد أسستا لمبدأ عدم انتهاك الحياة الخاصة للمواطن، وأقرّتا حمايته بموجب هذا القانون، لتكون المخالفات المرتكبة ضد الحقوق المكرسة في هذا المبدأ معاقبا عليها قانونا"، وقد سبق وأن اشرنا الى استناد القاضي الإداري الى المواد 35 و39 للدفاع عن مجموع الحقوق والحريات[2]، وقد رأينا فيما تعلّق بموضوع النظام العام[3]، وعلّقنا على قرار المجلس القضائي للجزائر الصادر بتاريخ 2001/03/04 (قرار أوقاسي ضد جريدة الخبر الأخير) حيث يرى في حيثياته أنّ: "(...) المستأنف يتمسّك بحقه في حماية سمعته وشرفه، بينما تدفع المستأنف عليها في حقها في التعبير المكرس دستورا"، فقد استندت المستأنف على المادة 35 من الدستور، بينما استند المستأنف عليه على المادة 42 التي تنص على أنّ: " حريات التعبير... مضمونة للمواطن" ليخلص القاضي الى أنّ: " حرية التعبير التي تستند إليها الجريدة تنتهي عند المساس بحق المستأنف في السمعة والشرف".

يكون القاضي باستناده للمواد 35[4] و39[5] قد منح قاعدة واسعة للدفاع عن الأفراد والمؤسسات، والحقيقة أنّ فحواها واسع وفضفاض قد يصعب الاستناد عليه، ولا نجد له جزاءات منصوص عليها مما قد يجعلها أسسا غير فعالة، فهذا التجريد والعمومية مانع من تحقق تلك الحماية المطلوبة. ومهما يكن، يبرز هذا الاجتهاد ضرورة الذهاب الى ضبط القواعد وتكييفها، مع المتطلبات الدستورية التي تنصب على حماية الحقوق بالأساس.

وقد سجل مجلس الدولة موقفا جريئا بأن استند الى المادة 37 من الدستور في قضية محافظ بنك الجزائر ضد يونين بنك[6] والتي اعتبر فيها حرية الصناعة والتجارة حرية أساسية تحدد علاقة الفرد (الصانع أو التاجر) بالدولة، فقد أسس في حيثياته بـ: "أنّ رئيس مجلس الدولة عندما لاحظ المساس غير المسبب

---

[1] المادة 63: " يمارس كلّ واحد جميع حرّياته، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدّستور، لا سيّما احترام الحقّ في الشرف، وستر الحياة الخاصة، وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة".

[2] الفرع السابق.

[3] الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الأول.

[4] المادة 35: «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الانسان البدنية والمعنوية»

[5] المادة 39: «لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه ويحميها القانون»

[6] قرار مجلس الدولة بتاريخ 2000/04/24، ملف رقم 001496، عن مرجع غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة، سنة 2014، ص 110.

بالنشاط اليومي ليونين بنك قد حافظ على الحرية الأساسية للتجارة والصناعة كما ينص عليه الدستور في مادته 37، أن هذا المساس بحرية أساسية مضمونة من طرف الدستور بقرار غير مسبب، وبالتالي مخالف للمبادئ العامة".

والحقيقة، أنّ ادراج هذه الحرية الاقتصادية، سيؤثر ويرتب نتائج كثيرة بمجال علاقة الدولة بالاقتصاد من حيث تفعيل كل القوانين المتعلقة بالمنافسة، وحرية الاستثمار، والاسعار، وحماية القدرة الشرائية، فالمبدأ يتضمن إمكانيات قانونية كثيرة قابلة للتمدد من حيث استعمالها في النزاعات الإدارية في مجال الحريات الاقتصادية والتي تغطيها رقابة السلطات الإدارية المستقلة الكثيرة سواء الافقية منها كمجلس المنافسة او السلطات العمومية المتعلقة بمختلف القطاعات (الاتصالات، البنوك، التأمينات، الكهرباء، الماء، النقل،... الخ)، فهذا الاجتهاد سيؤثر، لا محالة، في قرارات هاته الهيئات وخاصة في الاجتهاد الجديد القائم على المادة 912 في مجال الاستعجال لحماية الحريات الأساسية في مواجهة السلطات الإدارية.

يمكننا أن نستنتج، أنّه، استنادا الى المادة 139 من الدستور، وكذا المادتين 32 و35 من الدستور، فإنّه يمكن إثارة كل المواد المتعلقة بالحقوق والحريات، كما جاءت في الباب الأول من الدستور، والتي اعتبرها المجلس الدستوري أنّها جزء من البناء الدستوري، وقد وسع من المكونات بأن جعل، الديباجة، بالنتيجة، قابلة للاستعمال القضائي، فهو في رأيه المتعلق بمشروع تعديل الدستور[1] "ذكر المادة 08 (المطة 02) من الدستور، الواردة ضمن المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، والمبيّنة في ديباجة الدستور (...)"، وكان الأمر يتعلق بهذا التعديل بدسترة الأمازيغية، والذي أكّد عليه، ثانيةً في التعديل الدستوري لسنة 2008[2] في حيثيته التي ذكر فيها أنّ: "(...) أنّ ادراج ترقية كتابة التاريخ وتعليمة الأجيال الناشئة ضمن الدستور يهدف (...) الى تعزيز المبادئ التي تقوم عليها الأمة الجزائرية والمستمدة في جوهرها من ديباجة الدستور، والفصل الأول من الباب الاول من الدستور"

وتتوفر الديباجة على مخزون هام من المبادئ يمكن إثارتها، فالفقرة الثامنة، مثلا نصّت على: "أنّ الشعب الجزائري ناضل ويناضل في سبيل الحرية والديمقراطية، ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات دستورية أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة

---

[1] رأي رقم 01/ر.ت.د/م.د./ مؤرخ في 20 محرم عام 1423 الموافق 03 أفريل سنة 2002 يتعلق بمشروع تعديل الدستور ضمن: آراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائري (1989-2012) الصادر عن المجلس الدستوري، ص 156.

[2] رأي رقم 08/01 ر.ت.د/م.د/ مؤرخ في 09 ذي القعدة عام 1429 الموافق لـ 07 نوفمبر 2008، يتعلق بمشروع تعديل الدستور ضمن آراء وقرارات المجلس الدستوري.

الاجتماعية، والمساواة، وضمان الحرية لكل فرد"، فيمكن إثارة، خاصة، ما تعلق بالمشاركة السياسية والعدالة الاجتماعية، وفي مجال التحقيق الاقتصادية والاجتماعية التي لم يأتي النص عليها في صلب النص الدستوري كالحق في السكن اللائق، كما حدث، في اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي، فجميع النصوص التنظيمية تكرسه، مع نفقات عمومية مرصودة لصالحه، فيمكن تأسيسه دستورياً على أساس مبدأ العدالة الاجتماعية المذكور في الديباجة، والحقيقة، أنّ القاضي الإداري قد اعتبر السكن الاجتماعي مرفقا في قرار O.P.G.I وهران، وقبْله القاضي الدستوري قد استند الى المادة 14 من الدستور لتأسيس قراراته، وهو تتحدث على العدالة الاجتماعية كأحد الأسس التي تقوم عليها الدولة الجزائرية.

والحقيقة، أنّ القاضي الإداري (المحكمة الإدارية للأغواط) قد أدرج الفقرة العاشرة من الديباجة ضمن حيثياته[1]، والتي، تظهر إمكانية الاستعانة الموسع بها، فالفقرة الأجيرة يمكن استغلالها لتأسيس الكثير من أسس الحريات: "فتحقيق تفتّح الإنسان بكل أبعادها" كما جاءتفي المادة 08 المطة الثانية التي تنص على: "حماية الحريات الأساسية للمواطن، والازدهار الاجتماعي والثقافي للأمة" (التي هي تحاكي المادة 12 من دستور نوفمبر 1976). فهي يمكن أن تؤسس للحق في الثقافة والترفيه كما فعلت المحكمة الدستورية الألمانية، فقد كتب الأستاذ Hassmman، "في هذا الاتجاه، لقد استخرجت المحكمة الفدرالية من الحق العام في الازدهار الحر للشخصية (المادة 02-01 من القانون الأساسي أي الدستور الألماني) أسس حماية المعطيات الشخصية"[2*].

ومهما يكن فإنّنا نعتقد أن مجال وقائمة الحقوق والحريات واسعة، والتي من أهمها: "حريات التعبير، وانشاء الجمعيات، والاجتماع"، (المادة 41) وحق الملكية (المادة 52)، والحق في التعليم (المادة 53)، والحق النقابي (المادة 56)، والحق في الإضراب (المادة 57)، وبالتالي، فإنّ الكتلة الدستورية التي كرسها القاضي الإداري المكونة خاصة من النص الدستوري وآراء المجلس الدستوري وقراراته وكذا الاتفاقيات الدولية، تعدّ خزانا لا يكاد ينضب للحقوق في جيلها الثالث مع الاستناد عليها للتقاضي الفعال في مواجهة السلطات الإدارة عموما.

---

[1] الحيثية: "إن الدّستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسيّ الذي يضمن الحقوق والحرّيّات الفرديّة والجماعيّة، ويحمي مبدأ حرّيّة اختيار الشّعب، ويضفي الشّرعيّة على ممارسة السّلطات، ويكفل الحماية القانونيّة، ورقابة عمل السّلطات العموميّة في مجتمع تسوده الشّرعيّة، ويتحقّق فيه تفتّح الإنسان بكلّ أبعاده"

[2] Hassmman ,op.cit., p 436.

[*] » Ence sens la cour constitutionnelle fédérale a pu dégager du droit général aulibre développement de la personnalité (Art. 2-1de la loi fondamental) la basesde la protection des données personnelles.

والحقيقة، أنّ هذه الحماية مقرّرة خاصة في قانون العقوبات، ولكن تطوّر القضاء الإداري الاستعجالي، كما رأينا نافس القاضي الجنائي في هذه الحماية.

(2) وأمّا ما تعلق بالحقوق المرتبطة بالضمانات، فإن مجلس الدولة استند الى فلسفة النص الدستوري من حيث وظيفة القاضي بحماية حقوق والحريات دون التأسيس النصي على أساس المادة 139 منه وخاصة ما ارتبط بحق الدفاع.

فمن أهم القرارات، القرار رقم 172994 الصادر بتاريخ 1998/07/27[1] التي نذكرها، وتتلخص وقائع القضية في صدور قرار تأديبي بتاريخ 1996/07/11 يقضي بعزل قاض من مهامه على أساس مخالفته للواجبات المنصوص عليها في المادة 1/13 من القانون الأساسي للقضاء المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 حيث: "يمنع القضاة من أن يملكوا في مؤسسة بأنفسهم أو بواسطة الغير مصالح يمكن أن تشكل عائقا للممارسة الطبيعية لمهامهم أو تمس باستقلال القضاء، وهو ينسب له أنّه يملك في الشيوع عدة عقارات منها مخبر للصور مسير من طرف أخيه، وانه تغيب بدون مبرر عن منصبه".

قدم القاضي تظلما، فرُفض بموجب قرار من قبل المجلس الأعلى للقضاء، فقام القاضي المعزول برفع دعوى لإبطال القرار التأديبي أمام مجلس الدولة متمسكا بالوجه المأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات.

أصدر مجلس الدولة قراره المشار اليه في 1998/07/27 متمسكا باختصاصه في الفصل في دعوى إبطال القرار التأديبي الصادر عن مجلس الأعلى للقضاء، وفي الموضوع بإبطال القرار المطعون فيه.

إنّ ما يهمنا في هذا القرار هو الحيثية التالية التي تنص على ما يلي: "حيث أنّ القاضي مثّل كل موظف لدولة يستفيد وجوبا بحقوق مضمونة دستوريا أنّ القاضي الإداري ملزم بمراقبة احترام هذه الضمانات"، فهذه الحيثية هي الأساس الذي استند إليه مجلس الدولة لقبول الطعن في القرار التأديبي الذي: "(...) وهي لا تقبل أي طريق من طرف الطعن" حسب ما تقضي به المادة 2/99 من القانون الأساسي للقضاء.

---

[1] مجلة مجلس الدولة، عدد 1، سنة 2002 ، ص 83 و84.

لقد اجتهد القاضي الإداري في هذا القرار مما يستدعي عدة ملاحظات[1] وتعليقات[2]، وعلى عدة مستويات، فالحيثية، وإن بدت مقتضبة، فهي كثيفة المعنى، وهي وإن ظهرت بسيطة، فهي معقدة، ولهذا فقراءة آثارها تستدعي كثيرا من المعالجة، وسنكتفي بأثرها في ما يتعلق بأثر الدستور على التفكير القانوني لقاضي مجلس الدولة.

فقد أكد اختصاصه خلافا لما جاءت به المادة 2/99 ومستبعدا لحكم قانوني، آخذا بالمبدأ الدستوري وهو أنّ: "القاضي الإداري ملزم بمراقبة احترام الضمانات" "الدستورية".

فالحيثية تتضمن فقرتين الأول تتمثل في: "(...)ان القاضي مثله مثل أي موظف للدولة يستفيد وجوبا بحقوق مضمونة دستوريا" وأمّا الفقرة الثانية فتتعلق بـ: "انّ القاضي الإداري ملزم باحترام هذه الضمانات"، والحقيقة أنّها حيثية واحدة تفيد معنى واحدا، ولكنه يتضمن، معنى واسع ومعنى ضيق.

فأمّا المعنى الضيق، وهو ما تعلق بالقاضي، فهو كباقي الموظفين يستفيد من حقوق مضمونة دستوريا، وهو ما جاء في المادة 26/122 من الدستور حيث تنص على: " الضمانات الأساسية للموظفين، ..."، ومن باب المساواة وإعمال لهذا المبدأ فإنّ ذلك ينصرف الى القاضي حسب اجتهاد مجلس الدولة، ولعل الحق المقصود هو حق الدفاع، وهو حق منصوص عليه في المادة 151 من نفس الدستور، الذي يؤكده ويتفرع منه حق رفع الدعوى، والتي تجد لها أساسا في المادة 143 من الدستور التي تنص على أنّ: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية".

ومهما يكن التأسيس الدستوري لقاضي مجلس الدولة معقدا، فهو يؤكد على أخذه بالمعيار الدستوري بالأولوية، وكان بإمكانه الاستناد الى المادة 143 التي تقرّ مبدأ دستوريا عاما للاختصاص، والذي يدعمه تأسيس قضاء اداري على قمة هرمه مجلس الدولة.

وأمّا المعنى الواسع، فهو ما جاءت به الفقرة الثانية التي تعتبر: "القاضي الإداري ملزم بمراقب احترام هذه الضمانات"، فهذا المعنى يرتبط بالمهمة الدستورية للقضاء، عموما، كما نصّت عليها المادة 139 حيث: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

---

[1] تعليق الأستاذ غناي رمضان عن: "موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء"، مجلة مجلس الدولة العدد رقم 06.

[2] بعضها سيكون محلا للتعليق في الفصل القادم: "دسترة النظام القانوني الإداري".

نلاحظ أنّ القاضي الإداري، وإن لم يثر أي مادة دستورية، فهو ذهب أبعد من ذلك بأن أدرك مهمته الدستورية، وهو لم يذكر المادة 139 منه، مما يظهر أنّه متشبع بفلسفة النص الدستوري وروحه أكثر من التقيّد بحرفيته.

وقد سار قاضي مجلس الدولة على نفس النهج في عدم العودة الى مادة دستورية، في قرار مماثل صادر عنه بتاريخ 2000/01/17[1]، وإن حافظ على اختصاصه متجاوزا نص المادة 2/99 من القانون الأساسي للقضاء، ولكنه في هذه المرة أثار أساسا جديدا لتقرير اختصاصه بالنظر في القضية فقد اعتبر: "الطعن من أجل تجاوز السلطة موجودا حتى ولو لم يكن هناك نص يهدف الى احترام مبدأ القانونية وفقا للمبادئ العامة للقانون".

يبدو من السند الذي أثاره القاضي الإداري أن لا أثر للدستور بشكل مباشر أو غير مباشر، فهو يقترب من حيثية قرار Lamotte لمجلس الدولة الفرنسي[2] أكثر أحكام الدستور ومن اجتهاده الذي ذكرناه، وقد كان هذا التأسيس محل نقد فقد اعتبر الأستاذ غناي[3] أنّ: "مبدأ الشرعية يقتضي من القاضي الإداري العمل بهذا النص وليس خرقه باسم المبادئ العامة للقانون.."، وليكشف الأستاذ على رأيه، وفي نفس الوقت، يكشف عن الأساس الذي ارتكز عليه القاضي في حيثية الحل القانوني، أي عن مسالة دستورية عندما كتب في نفس التعليق على أنّه: "لا يجوز للقاضي خرق مقتضيات نص قانوني ولو كانت غير دستورية، زيادة على انّه غير مختص في رقابة دستورية القوانين"، واعتقد أنّ رأي الأستاذ لا يتوافق مع واقع القانوني حيث تجاوز القاضي هذه الاشكالية

والحقيقة، أنّ القاضي الإداري لم يقم بعملية رقابة دستورية، ولم يستعمل مادة دستورية، فقد اعتبر حق الطعن من المبادئ العامة للقانون، رغم أنّ ذلك مدستر منذ دستور 22 نوفمبر 1976 (المادة 178)، وفي دستور 23 فبراير 1989 (المادة 134)، وفي دستور 28 نوفمبر 1996 (المادة 143)، بالإضافة لكل أحكام المشرع العضوي[4].

---

[1] مجلس الدولة، القضية بتاريخ 2000/01/17، مجلة مجلس الدولة.

[2] C.E MmeLamotte c/ministèredel'agriculture, G.A.J.A, 15° année.

[3] الأستاذ غناي رمضان، عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة رقم 06 ص.

[4] القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة، والقانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية.

إنّ ما يثير التساؤل هو مكانة المبادئ العامة للقانون في نظر قاضي مجلس الدولة، فهي قد اعتبرت في مكانة أدنى من التشريع وأسمى من التنظيم[1] في النظام الفرنسي، وهي في نفس المكانة في الجزائر[2]. اعتقد أنّ القاضي الإداري يعتبرها مبادئ دستورية، وان احتفظ لها باصطلاح المبادئ العامة للقانون، بحكم الترقية الدستورية التي استفادت منها[3].

مما يؤدي بنا الى القول بأنّ تأثر القاضي بالدستور في تقرير اختصاصه، وإن كان بمصطلحه غير دقيق، فالمضمون مستمد من نفس المصدر (أي القاضي)، وبنفس الاجتهاد، فلم يكن تراجعا عن اجتهاده بل استمرارية بل بنفس التأسيس القانون وإن بصياغات مختلفة.

استمر سلوك القاضي في اللجوء الى الدستور ويتراوح بين اثارة المواد الدستورية، وهي تمثل عددا قليلا، والاحالة عليها دون التنصيص الدستوري الدقيق، بذكر المواد.

ففي قرار له[4] يبدو هامشيا، قضي مجلس الدولة بتأييد القرار المستأنف الذي اعتبر قرار رفض التحاق المستأنف بسلك المحاماة شرعيا باعتبار أن الأساس الذي يستند اليه المستأنف والمتمثل: "في ما قرّره مجلس الاتحاد الوطني لمنظمة المحامين الجزائريين بتاريخ 1998/01/26 إذ أنّ هذا القرار لا يسمو الى درجة القانون"، ولكن ما يهمنا في هذه الحيثيات ما تعلق منه بعودة القاضي الإداري الى الدستور.

فقد ذكر في حيثية سبقت حيثية الحل ما يلي: "حيث أنّ القرار او المقرر فيه جاء غير مسبب في حين أن كل قرار إداري كان أم قضائي يجب أن يكون مسببا وهذا وحده يكفي لإلغائها إضافة الى كونه محررا باللغة الأجنبية خلافا لنص المادة 03 من الدستور التي تنص على أنّ اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية وكذلك المادة 02 من القانون 05/91 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية المعدل والمتمم بالأمر 30/96".

فقد استند القاضي الى الدستور، وبالأولوية على القانون، وقد كان يكفي التأسيس على مخالفة القانون. فهو يبرز تمثل القاضي لمبدأ الدستورية، ومبدأ الهرمية.

---

[1] Chapus ,droit administratif général, Edition, 1995, p.…

[2] Mahiou(Ahmed), cours de contentieux administratif, op.cit. p 19.

[3] Mahiou) Ahmed ,(la constitution et le principes générauxdu dent ,R.A.S.J.E.P, 1978.

[4] مجلس الدولة (الغرفة الثالثة) بتاريخ 2002/02/11، رقم القرار 005951: قضية محامي ضد منظمة المحامين لناحية وهران، مجلة مجلس الدولة، العدد: 03.

وهكذا، فإنه يمكننا القياس على مثل هذا القرار، القول بأنّ هذا التنصيص، وإن لم يرتب عليه القاضي إلغاء القرار فهو يؤكد استعداد القاضي الإداري للاستعمال الموسع للمعايير الدستورية.

تبرز اجتهادات القاضي الإداري (مجلس الدولة) تكريسه وتطبيقه للضمانات الدستورية مما يعدّ ضمانة أسمى لحماية الأفراد في مواجهة الدولة بمشرّعيها وبإدارتها، وقياسا فهي تعد أسسا قابلة للتوسع مما يعطي أفقا لصالح الأفراد وخاصة من وجدو في وضعيات قانونية تجاه الإدارة كالموظفين وأصحاب المهن (محامين وموثقين وآخرين) لتقلّص من السلطة التأديبية للإدارة وتؤطرها، وقد أكّد مجلس الدولة اجتهاده في مجال تقرير الضمانات وفقا لنفس الفلسفة التي توجه عمله حيث قضى في قضية تتعلق بموثق بأن استند الى الحيثية التالية : "حيث أنّه، ودون الحاجة الى فحص الأوجه المثارة فإن النظام الداخلي لغرفة الموثقين ينص على أنّ تاريخ الاستدعاء للمثول أمام اللجنة التأديبية لا يمكن أن يقل عن 12 يوما كاملا.

حيث أنّ هذه القاعدة من النظام العام وعدم احترامها يعد خرقا لحق الدفاع المضمون دستوريا، وبالتالي يبرز وقف التنفيذ"[1].

وبهذا، فإنّنا نستطيع أن نلاحظ أن مجلس الدولة قد استعمل عناصر الدفاع وحق الطعن والتسبيب، بما يغطي مساحة واسعة من الأسس لرقابة العمل الإداري، ولإعطائه نظاما قانونيا "مدستراً" مثلما سيظهر في الفصل الثاني من هذا الباب.

الفقرة الثانية: المعايير المتعلقة بالمواطن.

طرحت أمام القاضي الإداري مسائل تتعلق بحقوق المواطنة، التي هي بالأساس تتعلق بالحقوق السياسية، ويمكن التأكيد على أن مسألة الأحزاب كحق دستوري نالت قسطا من اجتهاد القاضي الإداري(1)، لتليها مسألة الدفاع عن حريات المواطن عموما في مواجهة الإدارة (2).

1- الأحزاب السياسية:

تنص المادة 42 من الدستور على أنّ: "حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون، ولا يكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية، والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية والوحدة

[1] مجلس الدولة، (ك. ج) ضد وزير العدل، بتاريخ 2002/04/30، مجلة مجلس الدولة، سنة 2002، العدد 02، ص 226.

الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته، واستقلال البلاد، وسيادة الشعب، وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة.

وفي ظل احترام احكام هذا الدستور، لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني او لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي، ولا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء الى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبيّنة في الفقرة السابقة".

تعد المادة 42 أطول مادة في النص الدستوري، وهي نتاج لمسار المادة 40 مكن دستور 23 فبراير 1989، والتذبذب الذي أصاب تطبيقها، مما أنتج نزاعا تعلّق بحزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ وما تبعها من حلّه بقرار من الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، الذي أيّدته المحكمة العليا، والذي اقتضى، الاهتمام من المؤسس الدستوري الذي جعل تأطيره يعود الى قانون عضوي وما استتبعه من آراء المجلس الدستوري[1].

ولقد سنحت الفرصة للقاضي الإداري لتناول مسألة الأحزاب من حيث حرّيتها وسيرها وممارستها فقد أظهر القاضي قدرة على التناول والمعالجة من منطق الدسترة القائمة على ضمانة الحريات وتأثيرها على الحياة السياسية، وبالخصوص، المتميزة بالمرور من الأحادية الحزبية (الحزب الطلائعي) الى التعددية الحزبية، وقد جاءت في بعض القضايا المتعلقة بالأحزاب الأكثر نشاطا سياسيا ، مما انجر عنه تساؤل حول التصور لهذه الحرية الجديدة، وكذا شروط ممارستها وهكذا، فإن قرار محمد عثمان مناضل جبهة القوى الاشتراكية (FFS) يعلن ميلاد "نظام عام جديد" سياسي قائم على التعددية السياسية، في حين يعتبر قرار الجبهة الإسلامية للإنقاذ أنّ أمر الأحزاب حرية يضمنها الدستور، ولكن في اطار النظام العام الديمقراطي والجمهوري ولينطبق ذلك، أيضا على الحزب الحاكم (جبهة التحرير الوطني FLN) بالالتزام بالممارسة الديمقراطية.

نلاحظ، أنّ قرار مناضل (ج.ق.أ) FFS قد بعث مبدأ حرية الأحزاب الى الواقع القانوني، لينعتق من براثن الأحادية الحزبية المكرسة دستوريا (دستور 22 نوفمبر 1976)، مما يظهر قوة التأثير الدستوري على تفكير القاضي الإداري تماشيا مع إقرار هذه الحرية في دستور 23 فبراير 1989[2]. والحقيقة أنّ قرار

[1] جبار (عبد المجيد)، رأيا المجلس الدستوري حول قانون الأحزاب والانتخابات، مجلة الإدارة، سنة 1999.

[2] سبق لنا تناوله في الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الاول.

الجبهة الإسلامية للإنقاذ ضد وزير الداخلية والجماعات المحلية[1] هو الأكثر أهمية، من هذه الناحية، لأنه يتناول عناصر كثيرة تتعلق خاصة بالنظام العام والضبطية الإدارية وتمييزها عن الضبطية القضائية.

استغل القاضي الإداري هذه الفرصة، ليبت في الكثير من العناصر المثارة من الأطراف.

فقد اعتبر الحزب، أنّ القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 04 مارس 1992 المتضمن حلّه مع كل الآثار القانونية "يمس بالحريات الأساسية الدستورية..."، وهي: "(...) صرحت منذ اعتمادها أنّها تحترم الدستور والقوانين"، في حين يرى وزير الداخلية أنّها خرقتالقوانين وخاصة ما تعلق بـ: "تهديد النظام الجمهوري" (المادة من قانون 11/89)، وقد كان ردّ القاضي الإداري، في حيثياته متجاوزا لمجرد التناول الشكلي والرد على حجج المدّعين.

وهكذا، فقد بادر الى تعريف الحزب السياسي (الذي كان يكيّف بـ" الجمعية ذات الطابع السياسي في ظل قانون جويلية 1989") بأنّها: "كل جمعية ذات طابع سياسي تشكل التعبير عن التيار الفكري و عن برنامج سياسي واقتصادي ليس بالضرورة ذاك البرنامج المسطر من قبل مجموعة الأشخاص الذين بيدهم مقاليد الحكم في وقت معيّن.

وأن وجود هذا التيار السياسي والثقافي والاقتصادي يشكل لمعارضته نقيضا للسلطة ورقيبا سياسيا واطارا للتفكير الدائم المتجدد في مشروع مجتمع بجميع متطلباته".

وبذلك، فإنّنا نجد تعريفا قضائيا للحزب السياسي وكذا تعريفا للمعارضة كـ: "نقيض للسلطة ورقيب سياسي وأطار للتفكير الدائم في مشروع مجتمع".

ويقر قاضي مجلس الدولة، في الحيثية الموالية: " (...) أنّ نشاط كل جمعية ذات طابع سياسي يدخل في إطار حرية سياسية مكرسة دستوريا وبالتالي لابدّ من ممارسته طبقا لما هو مقرّر قانونا ".

ويواصل القاضي ليستنتج انطلاقا من مهمته أنّه: "(...) قاضي القانونية حامي هذه الحرية (...)"، ويواصل في نفس الحيثية ليستنتج أنّ ذلك: "(...) يتطلب ضرورة ممارسة هذه الحرية في حدود" حسب مقتضيات المواد 3 و4 و5 و6 و10 من القانون.

وقد كان لهذا القرار عظيم الأثر في التأطير الشديد لهذه الحرية السياسية، وخاصة في نص المادة 42 من الدستور، وكذا أمر 1997، والقوانين العضوية لسنة 2012، حيث أنتجت ما يمكن تكييفه بـ

[1] قرار الغرفة الإدارية (المحكمة العليا)، قضية: الجمعية ذات الطابع السياسي الجبهة الإسلامية للإنقاذ ضد الدولة ممثلة في وزير الداخلية والجماعات المحلية، بتاريخ 29 أفريل 1992، غير منشور، رقم القضية 104036.

"النظام العام السياسي" المتمحور في جوهره حول مفهوم "النظام الجمهوري الديمقراطي" الذي قضى بيان 11 جانفي 1992 بضرورة الحفاظ على النظام الجمهوري والنظام الدستوري[1]، وقد يعتبر هذا التكييف مبالغا فيه بالنظر الى التأسيس الذي استند اليه القاضي في مناقشته للمسائل المثارة من قبل المدّعى عليها (وزارة الداخلية) حيث كيّف التدابير التحفظية المنصوص عليها في القانون 11/89 (المواد: 33 و34 و35)[2] تدخل في اطار "سلطة الضبطية الإدارية"، "حيث أنّ هذه التدابير تسمى بالتحفظية لأنها تهدف الى الحيلولة دون المساس بالنظام العام" بل، ولقد لجأ الى تبرير مسألة الغلق الإداري لمقرات الحزب، فهي لم تتم قضائيا، بأن: "صدور المرسوم الرئاسي رقم 44/92 (...) المتضمن حالة الطوارئ غطى هذا العيب (...)"، لينتهي بالاستناد لنظرية الظروف الاستثنائية حيث ذكر في الحيثية: " (...) أنّه وفي مثل هذه الظروف (حالة الطوارئ) حلّت محل الشرعية العادية شرعية استثنائية تتمتع السلطة الإدارية فيها بصلاحيات واسعة لم تكن مقرّر من قبل قانونا".

ومما يدعم هذا الطرح، أي الأخذ بمفهوم "النظام العام السياسي" الناتج عن المادة 42 من الدستور هو ما جاء في خلاصة الاجتهاد القضائي في مجلس الدولة في القضايا المتعلقة بالمؤتمر الثامن بجبهة التحرير الوطني.

فقد استند قاضي مجلس الدولة، بشكل أساسي على المادة 42 من الدستور، بدل التركيز على مفهوم النظام العام في بعده الإداري، فقد تم التركيز على مبدأ السير الديمقراطي للحزب، وظهرت فكرة النظام العام التي تمارس عن طريق الضبطية الإدارية لوزير الداخلية ضعيفة، سواء من حيث تأسيس اختصاص القاضي الإداري بإدخال وزير الداخلية الخصام لكون هذا الخصام قائما بين طرفين من الحزب مما قد يُكيّف على أنّه شأن داخلي يضبطه النظام الداخلي للحزب، سواء فيما يتعلق بالاضطراب الذي احدثته المناوشات بين الأطراف في الفضاء العام.

وقد لاحظنا أن الغرفة الإدارية كانت أكثر احتشاما في الاستناد الى الدستور، حيث ظهرت المستأنفة (ح إ إ) أكثر إثارة له عندما أرادت الدفاع عن نشاطها عندما كيفت نداءاتها، خاصة الى الجيش، بأنّه تذكير له بـ "واجباته الدستوري (المواد 6 و7 24 من الدستور)"، ولتواصل ولتأكد على أنّها: "صرّحت منذ اعتمادها أنّها تحترم الدستور والقوانين" (وهي آخر سند استعملته) قبل المرور الى طلباتها.

---

[1] بيان 11 جانفي 1992 منشور في: «أحكام الفقه الدستوري الجزائري» الصادر عن مديرية التوثيق، المجلس الدستوري، سنة 1997.

[2] المواد: 33 34 و35 من القانون 11/89.

وقد كانت مجموعه قرارات القضاء الإداري المتعلقة بسير حزب جبهة التحرير الوطني الصادرة بين سنتي 2003 و2004 فرصة لأطراف النزاع للمراهنة والاستعانة بالدستور، مما يبيّن تحوله الى رهان للفاعلين السياسيين.

ففي قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2003/10/18[1] الناتج عن استئناف القرار الاستعجالي الصادر بتاريخ 2003/10/01 عن الغرفة الإدارية، القسم الاستعجالي بمجلس قضاء الجزائر الذي قضى بإلغاء هذا القرار بـ: "منع انعقاد المؤتمر الاستثنائي لحزب جبهة التحرير"، وكذا: "منع تسليم رخصه ادارية لهذا الاجتماع، وذلك لغاية الفصل القضية المطروحة امام الغرفة الإدارية في الموضوع المتضمنة إبطال المؤتمر الثامن لجبهة التحرير الوطني".

حيث يلتمس المستأنف (الامين العام للحزب) الغاء القرار المستأنف على عدة أسس من بينها: تجاوز السلطة وعدم وجود حاله الاستعجال، وخرق الاشكال الجوهرية للإجراءات.

والحقيقة، أنّ ما نريد ابرازه هو استعمال وإثارة الدستور إجمالا، وفي بعض أحكامه، فالمستأنف يثير في ادعائه أنّ منع انعقاد المؤتمر: "يشكل قرارا خطيرا بالنظر إلى آثاره على الحياة السياسية وعلى سير المؤسسات السياسية لاسيما التعددية الحزبية." ويدعو المستأنف القاضي الى: "فحص هذه المسالة من طرف قاضي الموضوع المكلف دستوريا بحماية المجتمع والحريات، ..."

حيث قضى مجلس الدولة بإلغاء القرار الاستعجالي المستأنف الصادر عن الغرفة الإدارية، وفصلا من جديد: "القضاء بعدم اختصاص جهة القضائية الإدارية للفصل في المنازعات المتعلقة بالتنظيم والتسيير الداخلي للأحزاب السياسية باستثناء المنازعات المنصوص عليها في المواد 17 و22 و36 و37 من الأمر 07/97...".

نلاحظ أنّ المستأنفة قد استندت الى الدستور دون الإشارة الى المادة الدستورية المستند اليها (وهي المادة: 139)، ومهما يكن فهو يعتبر أنّ القاضي هو حامي حرية الأحزاب من حيث شؤونها الداخلية الا ما تعلّق بالنظام العام.

---

[1] مجلس الدولة، قضية على بن فليس ضد صديقي عبد الحميد ومن معه، والي ولاية الجزائر، وزير الداخلية والجماعات المحلية بتاريخ 2003/10/18، غير منشور.

وأمّا القرار الثاني، والذي قضى في الموضوع، والصادر عن مجلس قضاء الجزائر (الغرفة الإدارية الأولى)[1] والذي قضى الموضوع بـ: "بتوقيف كل أنشطة حزب جبهة التحرير الوطني بناء على قانونه الاساسي ونظامه الداخلي المنبثقين عن المؤتمر العادي الثامن... لعدم شرعيّته ونتيجة لذلك اعتبر المؤتمر الثامن للحزب وكلّ ما ترتب عنه كأنّه لم يكن وملغى." وكذلك: " القضاء بتجميد الحسابات والودائع (...) الى غاية تكييف وتصحيح الوضع القانوني لنشاط الحزب مع الدستور والقوانين المعمول بها".

فمنطوق الحكم الذي يقضى بإخضاع نشاط الحزب للدستور هو استجابة لما تضمّنه القرار من إثاره للأحكام الدستورية من قبل أطراف النزاع وكذا القاضي الاداري في حيثياته.

فقد اثار أصحاب الدعوى أنّ المدعى عليه (الامين العام للحزب) لم يقم بالتصريح بالتغيير الحاصل في القيادة والتعديل الماس بالقانون الاساسي لدى وزارة الداخلية التي تهدف الى: "التحقيق من احترام مضامين المادة 42 من الدستور...".

حيث يورد المدعون مجموعة مما وصفوه بـ "الأخطاء الجسيمة (...) التي أدّت الى خرق المادة 42 من الدستور (...)".

وقد كانت حيثيات القاضي في رده على الادعاءات تحمل نفس المنطق والمعنى، فهو قد اعتمد في حيثيته على المادة 42 من الدستور عندما اعتبر: "(...) أنّه ثبت للمجلس (...) أنّ المدّعي عليه بصفته أمينا عاما للحزب (...) قد خالف القواعد القانونية (...) وما يترتب عليه من نتائج باستبعاد تطبيق القواعد الديمقراطية... وذلك لمخالفة المادة 42 من الدستور التي توجب تكريس الديمقراطية في العمل السياسي للأحزاب السياسية...".

تبزر هذه الحيثيّة تبني القاضي الإداري للمادة 42 من الدستور كأساس للشرعية ليقضي بإلغاء نتائج مؤتمر الحزب، بما يجعل أن تطبيق المادة 42 من مهام الإدارة (أي وزارة الداخلية).

---

[1] مجلس قضاء الجزائر (الغرفة الإدارية الأولى) بتاريخ 2003/12/30، قضية بين: السيد صديقي عبد الحميد من معه ضد السيد علي بن فليس وبحضور السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية مدخل ومتدخل في الخصام، قرار غير منشور.

إنّ كثيراً من هذه الأسس ومنطق القاضي الإداري قد تعرضت للنقد، وخاصة أنّها جاءت في خضم صراع سياسي، رغم أنّ كثيرا من الأحزاب التي تمّ حل معظمها إمّا بطريق إداري أو قضائي ولم تُثر أي نقاش سياسي أو قانوني.

وقد كرّس القرار الصادر عن مجلس الدولة[1] في استئناف القرار السابق نفس المنطق من حيث تأسيس المنطوق على المادة 42 من الدستور، وهو قد أيّد القرار المستأنف بالطبع.

فقد استند قاضي مجلس الدولة الى المادة 42 من الدستور حيث ذكر في حيثيته أنّ: "(...) عدم السماح للقاعدة النضالية للحزب بأن تختار ممثليها (...) يعد خرقا للقواعد الديمقراطية المنصوص عليها في المادة 42 من الدستور..." ثم يورد المواد الاخرى من الامر رقم 09/97.

ونلاحظ ان القاضي الاداري استند على المادة 42 بالأولوية على مواد الأمر المتعلق بالأحزاب وقد أورد حيثيتين حاسمتين، فأمّا الحيثية الأولى، فإنّه، بعدما يُذكر بخرق المادة 11 من الامر 06/97، ويذكر أنّ: "(...) خرق المادة 42 من الدستور يكفي في حد ذاته لتبرير اختصاص القضاء الإداري..."، وأنّه: "لا يمكن في اي حال من الاحوال التذرع بأنّ النزاع الراهن ناجم عن السير والنشاط الداخلي للحزب" ليتجاوز تأسيسه في حيثية سابقه على اساس أنّه: "من زاوية المعيار المادي فإنّ الحزب هو تنظيم أساسي الحياه السياسية للدولة ويمارس نشاطات تتعلق بالمنفعة العامة..."، وأما الحيثية الثانية فيذكر المادة 42 من الدستور لتليها المادة 11 من الأمر 06/97 حيث أنّ: "(...) تسيير الحزب اصبح في ظل القانون الاساسي الثامن يخضع لمعايير اداريه مركزيه تتعارض مع رح الممارسة الديمقراطية المنصوص عليها في المادة 42 من الدستور والمادة 11 من الامر 06/97".

وقد سنحت الفرصة للمجلس الدستوري بتوضيح مضمون المادة 42، بمناسبة رأيه حول الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية[2]، "فبخصوص ما تشترطه المادة 03 من الأمر (...)، والمادة 13، وما تشترطه (...)"، يعتبر المجلس الدستوري: "أنّ هذه الأحكام وضعت شروطا يكون أثرها تضييق حق انشاء الأحزاب السياسية الذي يعترف به الدستور في الفقرة الأولى من المادة 42"، فهو دفاع من المجلس عن حرية انشاء الأحزاب مذكرا بـ: "(...) أنّ دور القانون هو تطبيق المبدأ الدستوري بالنص على إجراءات، وكيفيات ممارسته، وليس تقليصه او افراغه من محتواه بفرض قيود عليه"، فبذلك

[1] مجلس الدولة، بتاريخ 2004/03/03 بين علي بن فليس ضد صديقي عبد الحميد ومن معه.

[2] رأي رقم 01/ر. أ. ق. عض/ م. د. المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 06 مارس 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

اسقط المجلس القيود التشريعية المتضمنة لتضييقيات على هذا الحق، ولكن بالمقابل أكّد على القيود الدستورية حين اعتبر: " (...) أنّ الفقرة الثانية قد وضعت القيود التي يتعيّن الالتزام بها في ممارسة حق انشاء الأحزاب السياسية والتي لا تمتّ بأي صلة بالشروط المذكورة أعلاه".

ندرك، بالضرورة، الأساس الدستوري القوي الذي يستند اليه مجلس الدولة، بما يوافق تفسير المجلس الدستوري لمضمون المادة 42.

يمكننا رصد تأثر القاضي الإداري بالمقتضيات الدستورية الجديدة من خلال حمايته لحرية الانتخاب والتي امتدّت الى أن يدرج في حيثياته تسبيبا قويا مظهرا اجتهادا وجرأة قلّ نظيرها، ففي الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية للأغواط في قضية رئاسة المجلس الشعبي الولائي[1] يذكر في احدى حيثياته: "أنّ الديمقراطية أساسها الممارسة الانتخابية، وأنّ الانتخاب هو اختيار الهيئة الناخبة لممثليها بكل حرية، وبالتالي فإن الانتخاب باعتباره حقا قبل كل شيء فإن الناخب حر في استعمال حقه من عدمه"، وليواصل في حيثية موالية بأن يعرف: "أنّ حرية الانتخاب هذه قد تتجسد في الممارسة الإيجابية المتمثلة في التعبير الفعلي والصحيح والسليم، وقد تتجسد في الممارسة السلبية في هذا الحق والمتمثلة إمّا في الامتناع أصلا عن التصويت، أو التصويت بورقة ملغاة، وبالتالي فإن أعضاء المجلس الشعبي الولائي باعتبارهم كذلك ناخبين، فإنهم يخضعون لنفس المفهوم الانتخابي"، لقد قدّم القاضي في هذه الحيثيات، وهي كثيرة ومبعثرة في ثلاثة عشر قرار (13)، تعريفا للحرية الانتخابية، وادرجها في مفهوم الديمقراطية وقد تنتج عنه آثار كثيرة في المستقبل على كثير من القضايا المطروحة، في حالة اعتماد القاضي على المادة 14 من الدستور التي تنص على انّ: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية"، وهي تحتوي على إمكانيات وفرضيات استعمال تمتد الى الحقوق السياسية، وكذا كثير من الحقوق الاجتماعية الضعيفة الحضور في النص الدستوري كالحق في السكن مثلا.

وقد كان سلوك مجلس الدولة في قضية حرية الأحزاب ان قضى بعدم الاختصاص، في كثير من القضايا ملتزما بحرفية النصوص، حيث طلب المدعون طالبين ابطال اشغال المؤتمر غير العادي المنعقد بتاريخ 24 و25 فيفري 2012 مع تجميد كل نتائجه الى غاية انعقاد الشرعي لدورة المؤتمر العادي..."، وكان رد المجلس بأنّه مختص بالطعن في القرارات الإدارية المركزية، وأنّ في قضية الحال فالطعن لم يوجه ضد أي قرار صادر عن السلطات المركزية.

---

[1] المحكمة الإدارية للأغواط، الغرفة رقم 01، قضية ميهوب هواري ضد ولاية الأغواط ممثلة في السيد الوالي، رقم القضية 13/00125 بتاريخ 2013/06/12، غير منشور.

نلاحظ انّ مجلس الدولة لم يجتهد، على أساس المادة 42، للنظر في السير الداخلي للحزب، إن كان وفقا للمتطلبات الديمقراطية الدستورية، مما يعد تراخيا قد يمثل نوعا من عدم الثبات في المبادئ المعلنة في اجتهادات كانت جريئة وقوية.

والحقيقة، أنّ اجتهاد المجلس الدستوري في مجال حرية الانتخاب كما نصت عليها المادة 50[1]يبدو أوسع، وليجد له امتدادا في كثير من قرارات القضاء الإداري، في مجال حماية حريات المواطن في مواجهة الإدارة عموما (2).

2- الحريات والحقوق عموما

أكّد المجلس الدستوري في عدّة آراء وقرارات على الحقين المستمديّن من المادة 50، والذي يدرج في منطق أوسع يتعلق بمبدأ أو حق أساسي هو حق المشاركة، الذي يغطي معنا واسعا مستمدا من المادة 31 حيث: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية، والثقافية"، والتي تجعل مجالات حماية الحريات وضمانة "فعليتها" مبدآن حظيا لاجتهادات القضاء الدستوري والإداري، على حد سواء.

فقد كان المجلس حريصا على ذلك من خلال اعتبار: "أنّ المادة 10 من الدستور التي تنص على أنّ الشعب حر في اختبار ممثليه ولا حدود لتمثيل الشعب إلا ما نصّ عله الدستور وقانون الانتخابات"، فيجب أن تشكّل سندا دستوريا للقانون العضوي، " فعدم ادراج المشرع لهذه المادة ضمن تأشيرات القانون العضوي، يعد سهوا يتعين تداركه"،[2] واعتبر في حيثية أخرى في نفس الرأي أنّ اشتراط الجنسية الجزائرية الاصلية او المكتسبة منذ 08 سنوات على الأقل في المترشح للانتخابات البلدية والولائية والوطنية، مساس لمبدأ المساواة (المادة 29)، وكذا بمقتضيات المادة 31 التي تجعل: "هدف المؤسسات ضمان مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية"، وبذلك فإن مبدأ المشاركة السياسية يتطابق مع مبدأ حرية الانتخاب، ويصبح مبدأ المشارة أوسع، ويتناول المشاركة "الاقتصادية" "والاجتماعية" "والثقافية"".

---

[1] المادة 50: "لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية أن يَنتخِب ويُنتخَب"

[2] حيثيات من رأي رقم 03/ر.م.د/11 مؤرخ في 27 محرم عام 1433 الموافق 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

وأدى المزج بين المقاربة الشمولية universaliste والمقاربة الاجتماعية المستمدة من المقاربة الماركسية والتي توافقها المقاربة الأمريكية الناتجة عن النظرة البراغماتية في ما يتعلق بمفهوم التمييز الإيجابي discrimination positive إلى اعتبار توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، الذي أعتبر كـ "حتمية دستورية" لإقرار المشرع لمعايير مختلفة، فـ: "لا يتعارض مع إقرار المشرع قواعد مختلفة لمواطنين يوجدون في أوضاع مختلفة"، فهي: "تجسيد الأهداف الدستورية مثلما يستمد من روح المادتين 31 و 32 مكرر من الدستور (...)" بقصد: "إزالة العقبات التي تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية" [1].

وقد ذهب المجلس الى رفض المادة 73 من قانون الانتخابات التي تهدف الى تجريد نواب الحزب الذي حلّ قضائيا من عهدتهم الانتخابية، فاستند المجلس الى المادة 10 من الدستور واعتبر "أن تجريد المنتخبين من عهدتهم في المجالس الوطنية والمحلية لا يتم إلا وفقا للمادة 107 (التجريد من قبل الزملاء النواب)، واعتبر أن تجريد المنتخبين من عهدتهم الانتخابية لا علاقة له بانتمائهم الحزبي...".

وقد وجدنا انّ هذا التأكيد الدستوري المعتمد والمدعم بتفسير المجلس الدستوري، قد وجد صدى لدى القضاء الإداري، وإن لم نكن متأكدين من آراء وقرارات المجلس الدستوري، فلم يشر أي قاض إداري لأي رأي أو قرار في متن حيثياته، ونعتقد أنّ ذلك من قبيل التأثير المباشر للدستور[2].

فقد عثرنا في نفس الأوامر الصادرة من محكمة الأغواط[3] استنادا واسعا على مبدأ المشاركة مقترنا، في غالبه بحرية الانتخاب، ففي الأمر الصادر 2013/06/27 في قضية هواري ميهوب ضد بقشيش على، فبعد ما يستند الى المواد: 50 و51 و29 مجتمعة بما يفيد ترسيخ قناعة لدى القاضي باندماج معنى المشاركة يشكل مبدأ واسعا، وما الانتخاب إلا عنصر متعلق بالمشاركة السياسية، وقد استعملت المادة 35 من بروتوكول العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، حيث استند اليه، والتي تنص على: "يكون لكل مواطن (...) الحقوق التالية: "أن يشارك في إدارة الشؤون العامة إمّا مباشرة أو بواسطة ممثلين يُختارون في حرية أن يَنتخب أو يُنتخب...، أن تتاح له فرصة تقلد الوظائف العامة".

[1] نفس الرأي

[2] Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux, le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux. L.G.D.J, 2002.

[3] سبق الإشارة اليه

وقد عرضت القضايا المتعلقة بالجمعيات، ودافع القاضي عن حريتها، فهو المخول قانونا بحلها باعتباره حاميا للحرية، وقد تصدّى في الدفاع عنها في قضايا كبيرة ومنها قضية جمعية الأمل[1] حيث استند القاضي على المادة 138 من الدستور لتقرير اختصاصه، في مواجهة ادّعاءات الوالي الذي اعتبر قراراه بحل الجمعية من اعمال السيادة، وبالتالي فهو غير قابل للطعن فيه: "(...) باعتبار قرار حل جمعية الأمل المستأنف عليها تشكل عملا من اعمال السيادة، وبالتالي يفلت بهذه الصفة عن الرقابة القضائية، حيث أنّ هذا النفي يدخل وفقا للمادة 138 من الدستور، ومن ثمّة اعتداء على اختصاص الجهة القضائية".

نستنتج أنّ الحقوق المرتبطة بالمواطنة من خلال الحق في المشاركة في الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية تمنح مجالا واسعا لتدخل القاضي الإداري لتجسيد هذا التصور الدستوري، فهو يحمل في مضمونه كل الحقوق الجديدة، وخاصة ما ارتبط بمبادئ الحكم الراشد، والتنمية المستدامة وما نتج عنها من الحق في البيئة ومبادئ الحوار والمشاركة، كماه هي مكرّسة في النصوص التشريعية الجديدة خاصة: الأمر المتعلق بتهيئة الإقليم وقانون المدينة و"المبادئ الأساسية" الجديدة في مجال التسيير البلدي.

ومهما يكن، فيمكن التأكيد ان الاجتهاد القضائي دستوريا أو إداريا مازال في مرحلة "جنينية"، ولكنّه يحمل في طيّاته آفاقا كبيرة لتجسيد الدستور كضامن أساسي للحقوق والحريات.

الفصل الثاني: دسترة مضمون النظام القانوني للإدارة

أصبح من المتفق عليه أنّ: "القانون الإداري في خلاصته، مجموعة غير قابلة للتقسيم من الامتيازات والتبعات والتي غالبا ما تكون مترابطة بعضها ببعض"*[2].

ولكنه لا يملك اطارا موحدا، وهو ما لاحظه الأستاذ دولوبادير وفينيزيا ف: "(...) أنّه لا يوجد تحديد تشريعي عام للعناصر غير المألوفة التي تبرر النظام الإداري"[1]، وليؤكد على أنّ: "(...) تدخل المشرّع كان بحسب الحالات"*.

---

[1] مجلس الدولة، قضية والي عنابة ضد جمعية الأمل بتاريخ 2000/03/27 الغرفة الرابعة، (فهرس 159)، منشور في: "المنتقى" لآت ملويا الشيخ، دار هومة.

[2]Braibant (Guy), Bernard Stirn, Le Droit administratif français, 1997, p173.

* «Le droit administratif, est en définitive, un ensemble indivisible de prérogative et sujétion qui sont souvent étroitement liées les unes aux autres.»

والحقيقة، انّ الدسترة تسمح لنا بوضع سلطة الإدارة في اطارها الدستوري من حيث سلطة اتخاذ القرار، وكذا من حيث مراقبته، وتضع احكام المواد 139 و143 من الدستور اطارا لذلك، فإذا كانت المادة 143 تقضي بأنّ: "ينظر القضاء في قرارات السلطات الادارية"، وبذلك هي ترسم الإطار الدستوري للنظام القانوني للإدارة، فهي تحدد امتيازات الإدارة العمومية، (المبحث الأول)، القيود الدستورية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحماية الدستورية لامتيازات الإدارة

يعرف القانون الإداري، في الاتجاه الحديث، بأنّه قانون امتيازات الإدارة، ومهما يكن فـ: "(...) القانون الإداري يؤدي مهمة مزدوجة، تتمثل في تأطير وعقلنة النشاط الإداري من جهة، وفي ضمان فعلية هذا النشاط، من جهة أخرى"*[2]، وقد وضح المجلس الدستوري في قراراته وعدّد امتيازات الإدارة، حيث يمكن أن نستنتج وجود امتيازين أساسين: السلطة التنظيمية (المطلب الأول)، والسلطة الهرمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: السلطة التنظيمية للإدارة.

اقتضت دسترة السلطة التنظيمية للإدارة حماية دستورية بتفسير من المجلس الدستوري (الفرع الأول)، ليوضح مجلس الدولة مضمونها وأساس الطابع التنفيذي فيما يمكن وصفه "بحوار القضاة" وبتأثير واضح لاجتهاد المجلس الدستوري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: امتياز محمي دستوريا

وضع المجلس الدستوري أساس هذا الامتياز بالاستناد الى مبدأ الفصل بين السلطات (الفقرة الأولى)، وحدد مجاله (الفقرة الثانية).

---

[1]Delaubadere, Venezia, traité de droit administratif, Edition DELTA.

*« (…) il n'existe pas de détermination législative générale des éléments exorbitants justifiant le régime administratif», p44.

[2] Huberhard, Assmmann, op.cit. p444

* :«(…) le droit administratif doit remplir une double mission, celle d'encadrer et de de nationaliser l'action administrative, d'une part, et celle de garantir l'effectivité de cette action d'autre part». ترجمة الطالب

الفقرة الأولى: الأساس الدستوري: مبدأ الفصل بين السلطات

أعتبر مبدأ الفصل بين السلطات في النظام القانوني، كمبدأ من مبادئ القانون الإداري(1)، وليؤكد عليه بقوة في الاجتهاد الجزائري (2).

(1) شكلت مسألة السلطة العامة موضوعا للتفكير القانوني سواء، في النظام القانونيالفرنسي، وخاصة على ضوء التغيرات الحاصلة في مركز الدولة والإدارة والتأثير على سلطتها[1]، وكذا على المستوى القاري الأوروبي[2].

ومما نسجله، ونؤكد عليه، أن التأسيس الدستوري للسلطة التنظيمية جاء مبكرا، وذلك في الآراء والقرارات الأولى للمجلس الدستوري الجزائري، خلافا للتطور الفرنسي حيث سبقت التكريس الدستوري نقاشات كثيرة بين رجال القانون الفرنسيين.

فقد اختلطت مسألة السلطة التنظيمية بمسألة السلطة العامة (puissance publique) فهما متداخلان، حيث يشكل موضوع السلطة التنظيمية تساؤلا دائما من قبل رجال القانون، حيث اعتبر شابي chapus أنّ السلطة العامة تصلح معيارًا لتحديد اختصاص القاضي الإداري فقط، حيث: "يتلقى القانون الإداري استهامه الأساسي من مفهوم المرفق العام"[3*]، وكان ذلك ردًا على فرضية الأستاذ Vedel التي دافع فيها عن فكرة أنّ السلطة العمومية هي المعيار الأساسي حيث يعرف نظام الإدارة بتك السلطة[4]، ويظهر معيار السلطة العامة بأنّه مجرد أثر لنشاط السلطة التنفيذية في تأدية مهمتها باسم السيادة الوطنية، وهي كانت الفكرة الأساسية لنظرية "الأسس الدستورية للأستاذ Vedel"[5].

وبذلك، تكون فكرة carrédemalberg، حول تأسيس السلطة العامة على أساس السيادة الناتجة عهن تكريس السيادة البرلمانية المكرّسة في دستور الجمهورية الثالثة لـ 1875، حيث علّق الأستاذ olivier beaud حول نظر هذا الأخير على ذلك بأن: «مذهب السيادة الوطنية، ما هو إلا التسمية لوصف المبدأ الليبيرالي الكلاسيكي لسمو الدستور»[6].

---

[1] Colloque, Puissance publique ou l'impuissance publique, A.J.D.A. 1999, numéro spécial.

[2] Philippe Raimbault,(sous la direction),La puissance publique à l'heure européenne, Dalloz, 2006.

[3] Chapus (René), Service ce public et puissance publique, R.D.P. 1968, p135.

* «Le droit administratif reçoit son inspiration fondamentale de la nation de service public.»

[4] Vedel, droit administratif, 1992, p41.

[5] Vedel (Georges), op.cit.

[6] Olivier Beaud, la pensée de carré de Malberg, RDP. p.1289.

ويمكن أن نؤكّد على أنّ الحماية الدستورية للسلطة العامة التي أضفاها المؤسس الدستوري، قائمة على مبدأين مجتمعين: مبدأ السيادة ومبدأ الفصل بين السلطات، والحقيقة وأنّ السيادة لم تعد برلمانية، فقد تم تقاسمها مع السلطة التنفيذية، فهي بالتالي تملك سيادة.

ومهما يكن، فإنّ نفس المنطق المنطلق من المبدأ الأساسي: ألا وهو الدسترة، حيث تظهر السيادة كأحد نتائجها، والتي: «(...) تكتسي معنى ليبيرالي ثانياً، المتعلق بالفصل بين السلطات»، والذي يعني لدىcarré de malberg السلطة المؤسسة مع السلطات المؤسسة، وبالتالي حدّ من السلطات العمومية والعادية[1]، حيث حدّد القاضي الدستوري الجزائري السلطة التشريعية في محاولتها تمديد مجال سلطتها.

والحقيقة، أنّنا لا نهدف الى تعريف امتياز السلطة العامة، فقد نال كثيرا من البحث حيث أنّه أحدث أثار كثيرة[2] فيما يتعلّق بتعريف عناصر النظام القانوني للإدارة.

وقد تجدّد النقاش بين رجال القانون في فرنسا، بعد دسترة اختصاص القاضي الإداري على أساس معيار السلطة العامة[3]، بالتساؤل ان كان ذلك معياراً وحيداً، فقد اعتبر ذلك تضييقا لمجال القانون الإداري[4]، بينما اعتبر، الأستاذ Auby أنّ: "تلك الدسترة اعطت توجها حول مفهوم مركز وهو السلطة العامة[5]، ليؤكد Espuglas أنّ: "الدستور يفسر تطبيق قانون غير مألوف في الشريعة العامة، بواسطة نشاط السلطة التنفيذية باستعمال امتيازات السلطة العامة"[6]*، وبذلك يكرس المجلس الدستوري الفرنسي في قرار مجلس المنافسة نظرية Vedel بعد ثُلث قرن من مقاله الأول، وقد كان منطلقه (أي المجلس الدستوري) هو تأسيسه على أساس "التصور الفرنسي للفصل بين السلطات".

وقد لعب مبدأ الفصل بين السلطات دور بنائيا في النظم القانونية الحديثة، والتي عرفت انتقالا سياسيا، خاصة، في دول الكتلة الشرقية سابقا[7]، ومما نلاحظه هو التشابه في سيرورة "الاعتراف بمعيارية

---

[1] Op.cit. p1291.

[2] Tania-Marie Pecheul-David, la prérogative de puissance publique, Bibliothèque CUJAS, thèse soutenue Javier, 2000.

[3] D.C.C N° 86-224, le conseil de la concurrence in : les G.D.C.C, Edition n°8eme année 1995

[4] Bizeau J. P., Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ? A.J.D.A, 20 mars 1992.

[5] Auby, la bataille de san romano, A.J.D.A, novembre 2001, p922.

[6] Espuglas , le conseil constitutionnel et le service public, L.G.D.J, 1992, p122.

* «La constitution explique l'application d'un droit exorbitant du droit commun, par l'action du pouvoir exécutif par des prérogatives de puissance publique.»

[7] Xavier Boissy, la Séparation des pouvoirs œuvre jurisprudentielle, sur la construction de Etat de droit postcommuniste, Bruylant, Bruxelles, 2003.

مبدأ الفصل بين السلطات" الذي تم باجتهاد المجلس الدستوري الجزائري، وكذا اجتهاد المحاكم الدستورية الشرقية الأوروبية[1].

وقد ترتبت، على ضوء ذلك التكريس، استقلالية كل سلطة، قائم على مبدأ التوازن بينها، والي اعترفت فيه بإمكانية التداخل الضروري، لإضفاء المرونة المطلوبة لتحقيق ذلك المبدأ أو لتحقيق التوازن المطلوب.

والحقيقة، أنّ أهم نتيجة قرّرتها إجهادات المحاكم الدستورية الأوروبية الشرقية هو منع التداخل بين السلطات الذي يمس استقرار تلك السلطات[2].

يبرز هذا الاجتهاد المتجدّد أهمية المبدأ في تقرير سلطة الإدارة في دول بصدد البناء الديمقراطي، كما هو الحال في الجزائر، بالنظر الى الإمكانيات التي يحملها، والتي أعيد اكتشافها من قبل الاجتهاد الدستوري، والتي تهدف الى إعادة بناء الإدارة قانونيا، والذي يتم في إطار مسلسل تطغى عليه المتطلبات السياسية، حيث يحاول أصحاب الشرعية الجديدة، وخاصة البرلمانيات المنتخبة تعظيم سلطاتها وإعدام السلطة الإدارية والحط من شأنها وتدجينها.

ولعل المبدأ لم ينتج كل أثاره، ويكتشف كل رهاناته، وخاصة القانونية منها، وقد يلعب دوراً، خاصة في التجارب الدستورية الناتجة عن المسارات الجديدة للتحولات الدستورية العربية[3]، وخاصة ما تعلّق بالتجربة التونسية، وبحكم أنّ المسار ادي الى دراسة وتمحيص طويل أمام مجلس تأسيسي، وبصفة أقل، ما نتج عن التجربة المصرية، وكذا يستنتج عن مسار الدسترة المغربية.

(2) وقد كان اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري أكثر جرأة، حيث أنّ تكريسه المبكر لمبدأ الفصل بين السلطات انتج أثاره بسرعة وبشكل متلازم، وفي نفس الآراء والقرارات.

ويمكننا التأكيد وبدون تردد، أنّ تحديد بتلك الامتيازات وحمايتها كانت السبب الحقيقي لتقرير مبدأ الفصل بين السلطات، وسيتبين ذلك من خلال معرفة حيثيات آراء وقرارات المجلس الدستوري، فهو المقدمة الكبرى الذي سيحدث آثارا كثيرة، والتي من أهمها ما تعلّق بالإدارة، وامتيازاتها خصوصا.

---

[1] نفس المرجع، ص 53.

[2] نفس المرجع، ص 115.

[3]Ouled Boubout, le printemps arabe, op.cit.

لقد كان النص على مبدأ الفصل بين السلطات في أول حيثية، في أول رأي للمجلس الدستوري[1] وقد سبق لنا دراسته، واستنتجنا منه الأثار المتعلقة بتأسيس الإدارة العمومية (الباب الأول، الفصل الأول).

تكرر التأكيد على المبدأ، بمناسبة تقرير البرلمان لسلطته، والذي يحاول فيها مدّ سلطته على الإدارة مباشرة، مما اقتضى التأكيد على حماية مجال السلطة التنظيمية، فقد تلازم المبدأ وتقرير ضمانة وحماية امتيازات الإدارة، وهكذا، فقد لعب المجلس الدستوري، عبر سلسلة الآراء والقرارات التي سنتناولها، دوراً أساسيا في حماية، وكذا رسم مجال امتيازات السلطة العامة.

ففي الرأي الأول المتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، واستنادا لمبدأ الفصل بين السلطات الذي قرره، فقد ذكر أنّ: «(...) محرّر الدستور، أقام مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره عنصرا أساسيا في تنظيم السلطات العمومية»، فقضى في حيثية لاحقة: «(...) أنّ المجلس الشعبي الوطني حيث كوّن لجنة دائمة لتطّلع على العرائض التي ترسل اليه، وتدرسها، وتخطر إن اقتضت الحالالأجهزة والهياكل التابعة للدولة وقد تجاوز بهذا الجانب الأخير مجال اختصاصه، كما أنّ هذه الصلاحية الأخيرة مخالفة للأحكام الدستورية».

وقد عاود المجلس الدستوري التأكيد على نفس التصور ونتائجه، في قراراه رقم 2[2] المتعلّق بالقانون الأساسي للنائب، فقد ذكر بأنّ: "(...) تنظيم السلطات المستنبط من الدستور كما صادق عليه الشعب (...) يحدد بدقة صلاحيات كل جهاز"، والتي تستتبعها: "لزوم استقلالية كل جهاز دستوري" (جزء من حيثية من القرار).

ويواصل المجلس، بتكرار التنصيص على المبدأ فـ: "(...) مبدأ الفصل بين السلطات يحتم أن تمارس كل سلطة صلاحياتها في الميدان الذي أوكله ايّاه الدستور، حيث "يجب على كل سلطة أن تلزم دائما حدود اختصاصها لتضمن التوازن التأسيسي المقام (...)".

يبرز هذا التنصيص المتكرر على أهمية الآثار التي يهدف الى احداثها، مما يبين مدى حرصه على منح الإدارة حصانة وحماية دستوريين، التي تعدّ ضمانة لممارسة صلاحياتها بتمكينها وتمليكها لامتيازات السلطة العامة.

---

[1] رأي رقم 1-ر.ق.م.د-1989 مؤرخ في 26 محرم عام 1410 هجري الموافق لـ 28 غشت سنة 1989 يتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني.

[2] قرار رقم 2-ق.ق.م.د. سبقت الإشارة اليه في الباب الأول.

وهكذا، يرتب المجلس الدستوري تصورا واضحا باعتبار الإدارة سلطة مستقلة، وبالنتيجة فهي تملك أدوات ممارسة سلطاتها، فالمجلس يمنحها الحماية الدستورية بسلطة كان القضاء (الاجتهاد الإداري) لمجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بها[1] ثمّ تمّ دسترتها في الدستور الفرنسي لـ 1958، ففي النظام الفرنسي الذي اعترف لها بأنّها سلطة بحد ذاتها، ليقر بعد ذلك أنّها: «أصبحت سلطة مضادة، والتي تحاول أيضا حماية سلطاتها الحصرية وتدعيم استقلاليتها في مواجهة السلطات الدستورية المالكة لسلطة القرار.»[2]، وقد وضّح المجلس الدستوري مضمون السلطة التنظيمية وحصره في سلطة: «تنفيذ القوانين والأنظمة"، في سلسلة آرائه وقرارته، والتي كانت تتم، دائما، في مواجهة تدخل المشرع، وخاصة النائب في: "المسائل المتعلقة بتنفيذ القوانين والأنظمة (...)»، فقد قضت بأنّ تخويل النائب (حسب المادة 1/17 من القانون المتضمّن القانون الأساسي للنائب) أن: «يتابع في الدائرة التي انتخب فيها تطور الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية (...)» أمر مطابق للدستور (...)، في حين قضت بعدم دستورية الجزء من الفقرة المتعلق بـ: «المسائل المتعلقة بتطبيق القوانين والأنظمة» (...)، وكذلك الامر بالنسبة لما تضمّنته المادة 33 من نفس القانون، حيث نصّت على أنّ النائب: "عند نفاذ جدول أعمال المجلس يتفرّغ (...) لدائرته الانتخابية، وفي هذا الإطار يجب عليه أن يسهر على تطبيق القوانين والأنظمة (...)»، حيث قضي المجلس بحذف الجملة القائلة: «في هذا الإطار يجب عليه أن يسهر على تطبيق القوانين والأنظمة».

وقد واصل المجلس دفاعه المستميت عن نفس التصور لضمان استقلالية الإدارة من حيث ممارسة امتيازاتها مكررا لنفس الفكرة والمبدأ بعد اثنتا عشر سنة (12 سنة) في رأيه حول القانون المتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان[3] حيث ذكر في حيثيته بـ: «(...) أنّ مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تحترم كل سلطة، حين ممارسة صلاحياتها، الحدود التي رسمها الدستور» معاودا ومؤكدا بـ: «(...) انّ قرارات المجلس الدستوري ترتب بصفة دائمة كل آثارها ما لم يتعرض الدستور للتعديل وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها ما زالت قائمة».

وقد أظهر المجلس تشبثا بالمبدأ واستمرارية في تبنيه وتماسكا ملفتا للنظر وخاصة ما يتعلّق بترتيب آثاره، ولعل أبرزها ضمانته المطلقة لامتيازات السلطات الإدارية، وذلك، ما ندركه من خلال قراراه الحديث

---

[1] C.E, la bonne in «G.A.J.A», p. Edition 1995.

[2] Jean Rivero, Rapport de synthèse : «parlement et administration en Europe», C.N.R.S, 1982.

[3] رأي رقم 12/ر.ق./ م. د./ 01 مؤرخ في 18 شوال عام 1421 الموافق لـ 12 يناير سنة 2001.

الصادر في 2011[1] حين وضّح القاعدة العامة فيما يتعلّق بحماية، صلاحية كل سلطة دستورية على أساس استقلاليتها حيث نصّت حيثية (من القرار المشار اليه) على: «(...) أنّ مبدأ الفصل بين السلطات يمنع أيّة سلطة أن تفرض على سلطة أخرى التزامات تدخل ضمن مجال اختصاص سلطة أخرى».

وقد كانت هذه النتيجة المتضمنة في هذه الحيثية، آخر ما توصل اليه اجتهاد المجلس الدستوري، بعد سلسلة من التفسيرات، حيث أنّه، بعد إقراره لمبدأ الفصل بين السلطات والاعتراف به، في رأيه رقم 1 بتاريخ 28 غشت سنة 1989[2] حيث ذكر المجلس أنّه: «(...) نظرا لكون محرر الدستور، أقام مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره عنصرا أساسيا في تنظيم السلطات العمومية»، والذي رتّب له أثرا أساسيا حيث ذكر في حيثية أخرى في قرار صادر في 20 أكتوبر 1989[3] عن أثر أساسي أخر وهو الاستقلالية (وهي تعني في هذا القرار السلطة التنفيذية) حيث ذكر في حيثيته أنْ منح سلطة تفتيشية للبرلمان يُعدّ في هذه الحالة: «مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات وبالاستقلالية اللازمة للهيئة التنفيذية».

ويمكن القول، أنّ أكبر اجتهاد قام به المجلس الدستوري ما تعلّق منه بمبدأ الفصل بين السلطات، حيث خلق المبدأ دون نص صريح في الدستور، ومنحه طابعا معياريا أكيدا، ورتب لمجموعة الأثار التي ذكرناها، وخاصة حيثية الرأي رقم 02 لسنة 2011، والتي تعدّ قاعدة بإمكانيات قائمة تستظهر، بلا شك في اجتهاد المجلس المستقبلية، بالضرورة.

نستنتج أنّ المجلس الدستوري، قد وضع، بحكم مضمون هذه الحيثية، القاعدة العامة لضمانه استقلالية كل سلطة دستورية، ولكن الحقيقة، فإن هذه الضمانة قد وجدت وأسست، بالأساس لضمانه استقلالية الإدارة التنظيمية كامتياز شامل وعام ومطلق (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: حماية مجال السلطة التنظيمية:

منح المجلس الدستوري حماية دستورية لمجال السلطة التنظيمية عبر توحيد السلطة التنظيمية (1) واخضاعها لمبدأ الدستورية (2).

---

[1] رأي رقم 02/ر.م.د/11 مؤرخ في 04 شعبان عام 1432 الموافق 06 يوليو سنة 2011، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

[2] رأي رقم 1/ر.ق./م.د./1989 في: أحكام الفقه الدستوري الجزائري، نشرية صادرة عن المجلس الدستوري، ص 32.

[3] قرار رقم 2/ق.ق./م.د./1989 مؤرخ في 28 محرم عام 1410 الموافق 30 غشت سنة 1989 يتعلّق بالقانون الأساسي للنائب، ص 19، من نفس النشرية.

(1) كانت حماية مجال السلطة التنظيمية نتيجة لاجتهادات المجلس الدستور عبر مجموعة من الآراء والقرارات. وقد أعمل ما رأيناه من: "(...) أنّ مبدأ الفصل بين السلطات يمنع أي سلطة ان تفرض على سلطة أخرى التزامات تدخل ضمن مجال اختصاص سلطة أخرى" (حيثية سبق ذكرها في الفقرة الأولى)، فقد منع السلطة التشريعية من فرض التزامات على السلطة التنفيذية، وكانت سياسته الاجتهادية تهدف الى حمايتها من المحاولات المتكررة للبرلمان وللنواب لرقابة هيئات الدولة، وكان من نتائج ذلك ابراز" وحدة السلطة التنظيمية وطنيا ومحليا، فقد تلازمت عملية الحماية والتوحيد، فلا نكاد نميّزهما، والتي توافق تصوّراً قائما في النظرية حول السيادة، كما نظّمه C. Demalberg، فـ: «مفهوم السيادة الوطنية، عبر الوظيفة المزدوجة لتوحيد والحد من السلطة»[1][*].

وهكذا، فبالنسبة للسلطة التنظيمية للحكومة، حمى المجلس صلاحياتها وصلاحيات وزرائها، ومديريها من تدخل السلطة التشريعية، ففي الرأي الأول المتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني[2]، رأي: "(...) أن المجلس الشعبي الوطني حين كوّن لجنة دائمة لتطّلع على العرائض التي ترسل اليه، وتدرسها، وتخطر إن اقتضت الحال الأجهزة والهياكل التابعة للدولة قد تجاوز فيها الجانب الأخير مجال اختصاصه (...)، كما أن هذه الصلاحية مخالفة للأحكام الدستورية".

وقد تصدّى المجلس الدستوري من جديد لتكرار المحاولة من قبل المشرّع، في قراره رقم 03[3] المتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر 1989 عندما قضى: "(...) أنّ المادة 49 (...) تمنح للجان الدائمة سلطة تفتيشية من شأنها أن تشكل مساسابمبدأ الفصل بين السلطات وبالاستقلالية اللازمة للهيئة التنفيذية".

ولم يكتف المجلس الدستوري بحماية السلطة التنظيمية للحكومة ككتلة واحدة، بل مدّها الى وزرائها ومديرها، فلم يسمح للمشرع أن يفرض عليها الزاما، بمساعدة النواب في أداء وظيفتهم البرلمانية، فهي مختصة بـ: "تنفيذ القوانين والأنظمة" فقد اعتبر المجلس الدستوري في رأي رقم 12[4] بأنّ المادة 23 من القانون والتي تنص على أنه: "يجب على السلطات المعنية بالتنسيق مع مكتبي غرفتي البرلمان، توفير الشروط الضرورية لحماية عضو البرلمان بما في ذلك الحماية الأمنية، وفي كل الأحوال على السلطات

---

[1] Olivier Beaud, carré de Malberg, p1920

[*] «(…), la notion de souveraineté nationale, examinée à travers sa double fonction d'unification et de limitation de pouvoir»

[2] سبق ذكره

[3] سبق ذكره

[4] رأي رقم 12 (...) المتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان ص 139 من: "آراء وقرارات المجلس الدستوري" نشرية صادرة عن المجلس الدستوري.

المدنية والعسكرية تقديم المساعدة لعضو البرلمان، والسماح له بالتنقل بكل حرية"، غير دستورية لمخالفتها مبدأ الفصل بين السلطات وما ينتج عنه من منع الزام السلطة التنفيذية، وبذلك يكون المشرع قد تجاوز صلاحياته الدستورية، وقد سنحت الفرصة للمجلس لأن يبسط الحماية لتمتدّ الى الوزراء والموظفين السامين.

ففي رأيه رقم 03 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة[1]، وبعد تذكيره بمبدأ الفصل بين السلطات وما يقتضيه من منع فرض الزامات من سلطة على سلطة أخرى[2]، فقد ارتأى بناءً على الحيثية التالية: "واعتباراً بالنتيجة، فإنّ المشرّع بإقراره الزامات على الوزير المعني أو من يمثله، وأصحاب الوظائف العليا الذين لهم على الأقل رتبة مدير إدارة مركزية، يكون قد أخلّ بمبدأ الفصل بين السلطات، وكان ذلك لتقرير عدم دستورية ما جاء في المادة 41 مكرر 1 من القانون، والتي كانت تنص على أنّ: "يحدد رئيس مجلس الدولة تاريخ دراسة المشروع ويخطر الوزير المعني الذي يتعين عليه حضور أشغال مجلس الدولة أو يعيّن من ينوب عنه (...)"، فقد اعتبر أن عبارة "يتعيّن عليه"، وكلمة "وجوباً" تحملان الزامية الحضور على التوالي كل من الوزير المعني أو من يمثّله، وأصحاب الوظائف العليا الذين لهم على الأقل مرتبة مدير الإدارة المركزية (...) لأشغال مجلس الدولة وجلسات الجمعية العامة واللجنة الدائمة (...)"

يسمح لنا نفس الرأي رقم 12، بإظهار التصور الذي يملكه حول وحدة السلطة التنفيذية وحمايته لها، فهو لم يتغير حيث أنّ حماية السلطات المحلية للدولة قد دشّنه القرار رقم 02[3] المتعلق بالقانون الأساسي للنائب حيث أن هذا القانون نص في مادته 17 على أن: "يتابع النائب الحياة السياسية والاقتصادية، (...) وخاصة المسائل المتعلقة بتطبيق القوانين والأنظمة (...)"، وفي المادة 33 منه حيث تنص على أنّه: "عند نفاد جدول أعمال المجلس، يتفرّغ النائب لدائرته الانتخابية، وفي هذا الاطار يجب عليه أن يسهر على تطبيق القوانين والأنظمة (...)"، وفي حين أنّنا نعلم أنّ أمر تنفيذ القوانين والأنظمة يعود للوالي، على مستوى الولاية، ويقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بذلك على مستوى البلدية كممثل الدولة.

تسمح لنا مجموعة الحيثيات التي أوردناها، بالتأسيس القوي والمتلازم للإدارة، وسلطتها التنظيمية، كإدارة موحّدة عضويا وقانونيا.

---

[1] سبق ذكره

[2] الحيثية المذكورة في الرأي 12، في الفقرة الأولى

[3] رأي سبق ذكره.

فقد استطاع المجلس الدستوري، بفضل تفسيره لمبدأ الفصل بين السلطات أن يقيم إدارة موحدة على أساس دستوري، رغم ما قد كنا قد أبرزناه في الباب الأول (الفصل الأول، والمبحث الثاني) من استنتاجنا لتلك الوحدة انطلاقا من الاصطلاحات الدستورية وخالف المجلس سلوكه العادي، بالاستناد على الاصطلاحات الدستورية لإعمال رقابة وتقرير دستورية نص قانوني.

وهكذا، برز "التوحيد" الدستوري لإدارة الدولة، سواء ما تعلّق، بما يُكيّف كإدارة مركزية، وكذا ما يُكيّف أنّه "لا تركيز" إداري، وبالنتيجة، يؤدي ذلك الى منح الإدارة المركزية أساسا دستوريا، حيث دافع المجلس عن استقلالية الوزير كنتيجة لاستقلالية السلطة التنفيذية، بما يترتب من نتائج: لعل أهمّها: وجوده الدستوري، بما يستتبعه من الاعتراف بسلطته التنفيذية وحمايتها، وقد مدّد المجلس تلك الآثار الى كل ممثلي الإدارة المركزية، لحماية وحدة الإدارة، وحماية السلطة الهرمية داخلها.

وتنصرف نفس النتائج الى إدارة اللامركزية حيث منحها وجودا دستوريا، من حيث هي امتداد للإدارة المركزية، من باب الحفاظ على حدة الإدارة العمومية، ونستنتج، بطريقة غير مباشرة عدّة نتائج، تتعلّق بمكانة السلطات المحلّية للدولة، فالمجلس الدستوري، باجتهاده منح مكانة دستورية للوالي، وكذا ممثلي الدولة على المستوى الإقليمي، يبرز ذلك، وجود تصوّر لدى المجلس الدستوري لوحدة الإدارة، ووحدة سلطاتها التنظيمية، رداً على المحاولات المتكرّرة للنواب المشرعين التي قد تؤدي الى "تمزيق" الإدارة، وبما يسقط شرعية الإدارة وسبب وجودها.

يظهر أنّ المجلس لم يعتمد في تفسيره على مبدأ وحدة الدولة المكرّسة صراحة في الدستور، واستند، أساسا على مبدا الفصل بين السلطات، مما ينقص من قوة سنده، لأنّ الاستناد والتأسيس على مبادئ وأحكام صريحة من الدستور تعطي لتلك الاحكام حجيّة قانونية وسياسية أكبر، فالمادة الأولى من الدستور كافية لذلك، وقد رأينا أنّه قد استعملها في قرار محافظة الجزائر الكبرى.

وقد رتّب المجلس أثر مهم وهو إخضاع هذه الإدارة للرقابة الدستورية.

(2) وقد أخضع هذا المجال التنظيمي الموحد للإدارة لمبدأ الدستورية، وزيادة على خضوعه لرقابة الشرعية، وإن كنا، في الحقيقة، قد برهنا على اندماجها في كتلة واحدة (الفصل الأول من هذا الباب)، فنحن نعلم، أن السلطة التنظيمية خاضعة للرقابتين الشرعية والدستورية استنادا على المادتين: 143 و165 من الدستور، وهي تنطبق على السلطة التنظيمية المركزية، حسب مفهوم ومعنى المادة 165 من الدستور، التي تخضع التنظيمات للرقابة الدستورية من قبل المجلس الدستوري، ومما لا شك فيه أنّ غالب الفهم أنّ ما يقصد بالتنظيم هو ما صدر من رئيس الجمهورية، وفي ممارسته للسلطة التنفيذية، وفقا للمادة

1/125، وكذا ممارسة الوزير الأول لسلطته في المجال التنظيمي المتعلق بتطبيق القوانين، وكذا التنظيمات التنفيذية، وفقا للمادة 3/85 من الدستور.

يمكننا أن نستنتج أن الدستورية تنصرف الى التنظيمات الصادرة من الوزير، بحكم تظافر أمرين، يتعلق الأول بكون أن الدستور جزء، كما رأينا من "طائفة الشرعية"، فيستطيع القاضي الإداري أن يبطل قرارا او تنظيما وزاريا على أساس مخالفته للدستور مباشرة، ويتعلّق الأمر الثاني بالتصور الذي ذكرناه من "توحيد السلطة التنظيمية" الذي أبرزناه في النقطة السابقة، حيث اعتبر المجلس الدستوري الوزير والمديرين التابعين لوزارته جزء من الكل، حيث بسط حمايته لها، على اعتبارها وحدة واحدة، أي إدارة واحدة، بمكوناتها العضوية.

وقد تدعّم مبدأ الدستورية، بمبادرة من المشرّع، بأنْ أخضع مداولات المجالس الشعبية البلدية[1]، وكذا مداولات المجالس الشعبية الولائية[2] للدستور، بما يسمح بحماية الوحدة القانونية للدولة، ويَبرز المعيار الدستوري كمعيار حاسم في تقرير الشرعية الإدارية عموما، وبالتالي، فإن الاعتراف بالسلطة التقريرية للجماعات الإقليمية يتم في إطار الشرعية الدستورية، بما يخدم دسترة أعمالها التداولية، ويسهم في تفعيل أحكام الدستور في مرحلة مقبلة.

يُفهم من ذلك، عموما، إخضاع النظام القانوني للدستور، فالدسترة عامل توحيد، سواء بالنسبة للتشريع، أو بالنسبة للتنظيم، أكان وطنيا أو لا مركزيا.

كان الحرص على إخضاع الجميع، سلطات وأفراد، للدستور أمرا ملحّاً، وخاصة، وقد تعرّض للتشكيك والتهديد من قبل بعض الفاعلين السياسيين، والذي اقتضى، في مرحلة معيّنة، والتي أبرزناها تدخلا من المجلس الدستوري في بيان 12 جانفي 1992 ليدعو الى: "حماية النظام الجمهوري والنظام الدستوري[3]".

وتتجسّد تلك الوحدة من خلال "تنفيذ القوانين والأنظمة" من قبل جميع سلطات الدولة، التي تقوم بمهمة واحدة.

---

[1] المادة: 1/59 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية.

[2] المادة: 1/53 من القانون رقم 07/12 المتعلق بالولاية.

[3] بيان 12 جانفي 1992

والحقيقة، أنّ وحدة السلطة التنظيمية واضحة ومكرّسة في النصوص التشريعية، فزيادة على الدستور، بالنسبة لرئيس الجمهورية والوزير الأول والوزراء، فنصوص قانوني البلدية والولاية يقرران نفس مهمة التنفيذ من قِبل ممثلي الدولة من الوالي ورئيس الدائرة ورئيس المجلس الشعبي البلدي.

وهكذا، فإنّ رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي: «يمثّل (...) الدولة على مستوى البلدية، وبهذه الصفة، فهو يكلّف على الخصوص بالسهر على اختزام وتطبيق التشريع والتنظيم المعمول لهما (المادة 85 من القانون 10/11)، ولضمان الوحدة القانونية، فإنّه: يقوم «(...) تحت إشراف الوالي بما يأتي: تبليغ وتنفيذ القوانين والتنظيمات على إقليم البلدية» (المادة 1/88) وكذا الأمر، بالنسبة للوالي فهو: «يسهر (...)على تنفيذ القوانين والتنظيمات (...)» (المادة 113 من القانون 07/12)، وينصرف الأمر الى رؤساء الدوائر الذين يقومون بنفس المهمة (المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 94-215).

يتبيّن لنا أنّ اجتهاد المجلس الدستوري يستند الى وجود أساس تشريعي، فقراءته وتفسيره قائم على أساس نصّي، وإن لم يذكره صراحة في حيثيات آرائه وقراراته، والحقيقة أنّنا قد لاحظنا أنّ اجتهاد المجلس الدستوري جعل من التشريع مكوّنا من مكونات الطائفة الدستورية، في قرار الأول المتعلق بالانتخابات عندما استند الى الأمر المتضمن قانون الجنسية لسنة 1970.

وقد أظهر المجلس سلوكا اجتهاديا حمائيا وبنائيا لتقرير هذه الوحدة التنظيمية و"ترقيتها" دستوريا، وقد كان ذلك بشكل متكرر، وإصرار وحرص ينم عن نظرة ثاقبة، ترتبط بتوطيد أسس دولة في طور الانتقال المعياري، للتذكير بمسلّمات الدولة الجمهورية، بالنظر الى اضطراب الرؤى المتنافسة التي تهدف الى فرض بعض التصورات المرتبطة برهانات السلطة وتقاسمها، كما رأينا ذلك بالنسبة للنواب.

والحقيقة أنّ غرض المجتهد الدستوري هو إعمال الدستورية وترسيخها وتجسيدها، وتمتين أسسها، ولعل أهمها هي السلطة الإدارية عبر اختصاصها التنظيمي، فهو قد دستر للوحدة القانونية وجعلها تجسيد للدستور.

نستنتج أنّ ذلك التوحيد الدستوري للإدارة عضويا وتنظيميا مقتضى دستوري، لتجسيد الدستور، في الزمان وفي كل إقليم.

فيقتضي الحفاظ على الدستور والنظام الجمهوري وحدة الوظيفية التنفيذية فـ: "وحدة التنفيذ ضرورة لأن تمثل وحدة النظام الجمهوري فعلا"[1].

[1]Déjà cité et traduit.

والحقيقة، أنّ مقتضى التوحيد، يهدف الى حماية امتيازات السلطة تجاه الجميع، بما رتّبه من حماية تجاه مبدا المنافسة، والذي تقرر في قانون المنافسة عندما استثنى "المرافق العامة وممارسة امتيازات السلطة العامة" (المادة الثانية من الامر 03-03)، كما ضمنت تلك الحماية لامتيازات الإدارة في اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوروبي (سبق تناولها في الفصل السابق في نقطة: إسهام المعاهدات)، بما يبرز وحدة التصور بين اجتهاد المجلس الدستوري وكذا عمل المشرّع، وما جاء في مضمون الاتفاقية ولا تسمح لنا، تطورات النظام القانوني، بالحكم على مدى حماية هذا الامتياز، كما في النظام الفرنسي حيث تعرض مفهوم السلطة العامة الى "التحوير" altération بفعل قانون المنافسة[1]، فالقاضي الإداري الجزائري مدعو الى الأخذ بعين الاعتبار لهذا الامتياز في مواجهة خضوع أعمال الإدارة الى مبدأ المنافسة، كما هو حال الصفقات العمومية الخاضعة لقانون المنافسة (تعديل 2008 للأمر رقم 03-03)، فهو قد أعمل ذلك، بأن ألغى قرار محافظ البنط المركزي، بناء على خرق المادة 37 من الدستور، حيث أصبح مبدأ المنافسة جزء من الشرعية بأساس دستوري، فقد أدمجها القاضي الإداري في الشرعية الإدارية.

يبرز هذا الاجتهاد القضائي، أنّ الحماية الدستورية لهذه الامتيازات ترتب إمكانية إلغائها على أساس مخالفة الدستور، أي أنّها تمارس في إطار التوفيق بينهما وبين حماية الحقوق والحريات، فالحماية الدستورية لها، هي حماية للشرعية.

فالحماية الدستورية لها تقتضي رقابة على أساس الدستور.

وقد سنحت الفرصة لقاضي مجلس الدولة أن يراقب قرارا وزاريا على أساس الدستور، ويقضي بإلغائه، في قرار (ح. م) ضد وزير الداخلية[2].

تتخلص وقائع القضية أن مواطنا جزائريا (ح.م.)، مقيم بفرنسا أصدر في حقه وزير الداخلية قرارا برفض دخوله الى الإقليم الوطني دون تبليغه بالقرار غير المسبب، يستند وزير الداخلية دعما لقرار الى: "(...) الى مقتضيات المادة 68 من القانون 99-07 المؤرخ في 1999/04/05 المتعلق بالمجاهد والشهيد التي تنص على أنّه: "يفقد الأشخاص الذين كانت مواقفهم ضد المصلحة الوطنية، وسلوكا غير مشرّف أثناء ثورة التحرير الوطني حقوقهم المدنية والسياسية (...)" و: "أنّه كان حركي وكان عضو في الجيش الفرنسي أثناء حرب التحرير الوطني".

---

[1] Aurélien Antoine, prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence, L.G.D.J. 2009.

[2] مجلس الدولة، قضية (ح.م.) ضد وزير الداخلية، القرار رقم 052342 المؤرّخ في 2009/10/21، منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012.

وكان رد قاضي مجلس الدولة: "(...) إنّه عن هذه النقطة، يتمسّك وزير الداخلية عن خطأ بأنّ (ح.ط) كان عسكري في الجيش الفرنسي (...) وأنّه قام (...) بتأدية الخدمة العسكرية (...)"، ويواصل في حيثية موالية: "(...) بخصوص المادة 68 من القانون 99-07 بأنّ فقدان الحقوق المدنية والسياسية، لا يمكن أن يكون فعليا إلا بموجب مرسوم كما هو الحال بالنسبة الى التجريد من الجنسية الجزائرية"، ولكن الحيثية الأهم، من وجهة نظر الدستورية هي كما يلي: "إنّه بالنتيجة وطبقا للمادة 44 من الدستور التي تنصّ على أنّه "يحق لكل مواطن يتمتّع بالحقوق المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته أن ينتقل عبر التراب الوطني، حق الدخول الى التراب والخروج منه مضمون له"، يتعيّن القول أنّه **يحق للمدعي التمتع بهذه الحرية الأساسية التي تستند الى أساس دستوري والتي تكون السلطات التنفيذية مكلّفة بوضعها قيد التطبيق**".

تظهر هذه الحيثية خضوع القرار الوزاري للدستورية حيث كانت المادة 44 أساسا، أبطل على أساسه قرار وزير الداخلية.

ويبدو الشطر الأخير من الحيثية أكثر أهمية، فهو بنصّه على أنّ: "(...) التمتع بهذه الحرية الأساسية التي تستند الى أساس دستوري والتي تكون السلطات التنفيذية مكلّفة بوضعها قيد التطبيق"، فأمر خضوع جميع ما سماه مجلس الدولة "السلطات التنفيذية" للدستور ومواده، يعني أنّ مبدأ الدستورية ينصرف الى جميع الهيئات الإدارية.

يؤيد اجتهاد مجلس الدولة ما ذهبنا اليه في النقطة السابقة من أنّ رهان "التوحيد الدستوري" للإدارة هو تجسيد الدستور حيث ذكرتها الحيثية بشكل صريح وواضح، حيث أنّ كل السلطات التنفيذية، كما ذكرها، مكلّفة بتجسيد الدستور، فهو قد ذكر بالجمع، ولم يذكر السلطة التنفيذية لكي لا يفهم أنّ الامر متعلّق بالحكومة دون غيرها.

ونعتقد أنّ هذه الحيثية هي الأكثر مبدئية في مجال الدسترة.

يؤيد اجتهاد مجلس الدولة ما استنتجناه من وحدة السلطة التنظيمية الناتجة عن وحدة الإدارة العمومية (الباب الأول، الفصل الأول)، فخضوع جميع الهيئات الإدارية الى الدستور والى مبدأ الدستورية يسهم في توحيد السلطة التنظيمية، فالدستور عامل توحيد للمجال التنظيمي للإدارة.

وهكذا فإننا نستخلص أن القرارات الإدارية تستمد طابعها التنفيذي من الدستور (الفرع الثاني).

الفرع الثاني:الأساس الدستوري الطابع التنفيذي

أبرز اجتهاد مجلس الدولة مضمون الطابع التنفيذي للقرار الإداري كترجمة لامتياز السلطة التنظيمية بما يرتبه من الالتزام بالقيام بعمل (الفقرة الأولى) أو الامتناع عن القيام بعمل(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مضمون الطابع التنفيذي في اجتهاد القاضي الإداري

يتميز القانون الإداري بصعوبة تعريفه، وخاصة تعريف عناصره، فلا"(...) يخلو أي ميدان للقانون الإداري من صعوبة التعريف النهائي كما عبر عنه الأستاذ آسمان Assmann[1]*، وخاصة ما تعلق بمضمون الطابع التنفيذي وعلاقته بامتياز السلطة التنظيمية.

فقد كان مفهوم الطابع التنفيذي كامتياز بارز أو غير مألوف في قلب البناءات الهيكلية للقانون الإداري[2] وأكثر رموزه تألقا، حيث أنّ رجال القانون، قد قلّلوا من شأن الطابع غير المألوف للقانون الإداري، فقد اعتبر Bertrand Seiller أنّ: «امتياز الأولوية، رمز وهمي»[3] «ففي النظم القانونية، التي تتجاوز عتبة الدسترة الفعلية، تحت تأثير الدستور، فالقانون الإداري والقانون الخاص، فعموما، أنّهم ليسوا في علاقة العادي بغير المألوف، فإنّها تجد في الميثاق الأساسي التي ينهل منه الإثنين، مباشرة، وبشكل متساوي، أسسهم"[4].

فبعد أن نعرض اجتهاد مجلس الدولة في تفسير معنى الطابع التنفيذي الذي يبرز الأساس(1)، والأثار المترتبة عنه (2)

(1)تسمح اجتهادات مجلس الدولة بتحديد مضمون الطابع التنفيذي الذي يتضمنها بعض قراراته، وخاصة قرارين هامين هما، قرار سعيدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والقرار المتعلق بقضية (ج،م) ضد وزير الداخلية التي أشرنا إليها في الفرع السابق.

---

[1]Eberhard Schmidt Assmann, droit administrative et justice administrative (1ére partie), mai-juin, R.F.D.A, 2008,op.cit. p 443

*«On peut dire, qu'il n'yait aucune sphère du droit administratif susceptibles d'une définition une fois pour toutes »,

[2] L'exorbitance du droit administratif en question (s), sous la de Fabrice Mellery, L.G.D.J, 2004

[3] Bertrand Seiller, L'exorbitance des droits administratifs unilatéraux, R.D.P. N°2, 2004. «Le privilège du préalable, un symbole illusoire» p491.

[4] Sour la présidence de, Yves GAUDEMET, L'exorbitance du droit administratif en question (s), p 24 الترجمة للطالب

ففي قرار سعيدي رابح[1]: "التمس العارض في التظلم من رئيس الحكومة إصدار مرسوم تنفيذي يتعلق بكيفيات تطبيق المادة 55 من الأمر رقم 23/95 (...) المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة باعتبار أنه وفق النص هذه المادة يستفيد قضاة مجلس المحاسبة الذين بلغوا سن 60 سنة من التقاعد (...)، وأنه وبرغم من مرور 7 سنوات من دخوله حيز التنفيذ الأمر رقم 23/95 إلا أن المرسوم التنفيذي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق المادة 55، والذي هم من صلاحيات رئيس الحكومة لم يتم إصداره، مما يعد عائقا (...) للاستفادة من التقاعد (...)"، وقد أعتبر العارض: "(...) أن الرفض هو إجراء تمييزي ويعتبر مساسا بحق أساسي (...) ويعتبر مساسا بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور (...)"، وليواصل فيما نعتقد أنه السند الأهم والذي يحتجبه العارض حيث تنص: "(...) على أن رئيس الحكومة وفقا لنص المادة 85 الفقرة الثالثة من الدستور السهر على تنفيذ القوانين واللوائح (...)" ، فهو يستند عليها (أي العارض) ليطالب بمايلي: "مما يستوجب التصريح بعدم شرعية القرار الضمني برفض اتخاذ النص التطبيقي للمادة 55..."

وقد استجاب القاضي لطلب المدعي حيث قام: "بإبطال القرار الضمني بالرفض الصادر عن رئيس الحكومة"، مستندا الى حيثيتين أساسيتين، فقد نصت الحيثية الأولى على: "(...) أنه عندما يكرس قانون ما حقا ويوقف ممارسته على صدور نصوص تطبيقية تنظيمية ، فإن الحكومة ملزمة بإصدار هذه النصوص في أجل معقول"، وجاءت الحيثية الثانية بالصياغة التالية: "حيث وبالفعل، فإن الحكومة الملزمة قانونا باتخاذ جميع التدابير من أجل جعل هذا الحق فعليا، لا تتمتع في هذا المجال إلا باختصاص مقيد، هذا الاختصاص الذي لا يمنحها أيّة سلطة للتقدير ماعدا تحديدها، تحت رقابة القاضي، شروط التطبيق، وحدود هذا الحق".

والحقيقة، أنّ قرار **سعيدي** اجتهاد جريء، مقارنة بالاجتهاد الفرنسي، والذي كان له السبق، وقد لوحظ، في فرنسا، عدم تطبيق القوانين، رغم فرض مدة معيّنة إصدارها، وعدم تطبيق القوانين في حالة تعليق تطبيقها بصدور مرسوم أو قرار إداري، وفي العموم، في حالة عدم تطبيقها من السلطات العمومية، كما يظهر لنا مثال قضاة مجلس المحاسبة الذين لم تسوى وضعيتهم كقضاة متقاعدين، وقد اجتهد القضاء الفرنسي في قرار Dame Veuve renard الذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 27 نوفمبر 1964[2]، ففي هذه القضية، كما يوردها المؤلفان، فإنّ قرار نصّ على استفادة صنف من المستفيدين على

---

[1] مجلس الدولة (الغرفة الثانية، القسم الأول)، قضية سعيدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، بتاريخ 20/ 05/ 2003 – غير منشور.

[2] ذكر في مرجع: Cité dans l'ouvrage Bertrand Seiller: Droit administratif français, p232

منح، ولكنه أجال تحديد شروط الاستفادة منها أحيلت الى قرار آخر، ولم يصدر في حينه، فرغم استفادتهم من هذا الحق، فإنّهم لم يتلقوا أيّة منحة وفي قضية الحال، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنّ الإدارة، بتقاعسها inertie تتحمّل المسؤولية، وأنّه، وبالتالي، فإنّها ستدفع تعويضات تضاهي مبالغ تلك المنح التي يُفترض تقاضيها.

وقد أثير مفهوم الأجل المعقول، في هذا القرار، كما في قرار **سعيدي رابح** كأساس لمنطوق الحكم، وإن اختلف المنطوق حيث أنّ قرار **سعيدي** لم يقر بمسؤولية الإدارة والتعويض بل اعتبر عدم إصدار المرسوم التنفيذي غير مشروع، ودعى الحكومة الى إصدار المرسوم.

ولكن الأجل القانوني المعتمد في قرار مجلس الدولة الجزائري أكثر جرأة وتطوراً حيث أنّه أسس على مفهومين: مفهوم الاجل المعقول ومفهوم السلطة المقيّدة للحكومة في مجال التنفيذ.

والحقيقة، أنّ هذا الاجتهاد يظهر أمرين: فالأمر الاول، يتعلّق ببقائه معزولا، مما جعله يتيما ومبتورا، وقد يسقط منه صفة القرار المبدئي، نظرا لعدم صدور قرارات على ضوء هذا الاجتهاد، ونعتقد، أنّه، ورغم شح القرارات الموجودة، فإنّنا يمكن أن نؤكد الأمر الثاني: وهو أن جِدّته لا تنفي عنه أنّه أصبح أساسا قانونيا قويا لتقييد سلطة الإدارة، وكذلك أنّه أنجز اجتهادا يُعدّ إطارا نظريا مؤثّرا في نظرة المتعاملين القانونيين من قضاة ومحامين وكذا، بالنسبة للباحثين والأساتذة.

وأمّا القرار الثاني، والذي سبق لنا استعماله، في الفرع السابق[1]، والتي ذكرنا أهم حيثية فيه، فسنذكر الشطر الأخير منها حيث تنص على أنّه: "(...) يتعين القول على أنّه يحق للمدعي التمتع بهذه الحرية الأساسية التي تستند الى أساس دستوري والتي تكون السلطات التنفيذية مكلفة بوضعها قيد التطبيق"

يبين قاضي مجلس الدولة في حيثيات القرارين الأساسيين الذين استند فيهما الى الوظيفة الدستورية للقانون المتمثلة في ضمانة الحقوق والحريات، ومضمون الطابع التنفيذي للقرار الإداري وهكذا، فإن الأساس للقوة التنفيذية هو الدستور، وليس القانون وحده، وأما المضمون فيتعلق بـ"الإلزام"، الذي يقع على الحكومة خصوصا(حيثية قرار سعيدي)، وعلى السلطات التنفيذية عموما (حسب حيثية القرار الثاني).

والحقيقة، فإن هذه الحيثية التي تجعل التنفيذ إلزامي، تبدو كصدى وتجسيد للمادة 155 من الدستور التي تفيد أن التنفيذ يعد واجبا حيث تنص على أنّ: "يفصل المجلس الدستوري في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ (...)"

---

[1] القرار السابق.

يتجاوز تفسير مجلس الدولة الجزائري، اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قراريها لمبدئين[1]Heyriesوla bonne، حيث كان أنّ اعتبر تنفيذ القوانين يقتضي سلطة تنظيمية، في حين أن القاضي الجزائري اعتبر تنفيذ القوانين والأنظمة مهمة دستورية تتكفل بها كل السلطات التنفيذية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد اشترطت علقهابتجسيد الحقوق والحريات.

يمكننا القول، أنّ هذه الحيثية "ثورية" وهي مدعوة الى إنتاج أثارها في مستقبل الاجتهاد القضائي، والحقيقة أنّ اجتهادات مجلس الدولة في القرارين المذكورين مجتمعين يمنحنا تعريفا للطابع التنفيذي للقرار الإداري مرتبط بتطور مفهوم دولة القانون المتصل محايثة للحقوق والحريات.

وقد يؤدي ذلك الى إخراج مفهوم المرسوم من غموضه، وخاصة وأنّها: «(...) أعمالا هامةً متأرجحة بين الصمت وعدم الدقة»[2] في النظام الفرنسي، وإن كان الامر أكثر وضوحا في النظام القانوني الجزائري، حيث بدا التمييز واضحا، لأول الأمر، بين المراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية، ليعود الدمج "الضمني" بينهما، بعد التعديل الدستوري لنوفمبر 2008، حيث يقتضي صدور المراسيم التنفيذية موافقة رئيس الجمهورية، بما يغيّر من طبيعتها، مع الآثار المترتبة على ذلك، مما قد يضفي غموضا عليها، خاصة، وقد يبعدها عن طابعها التنفيذي الواضح مما قد يعقّد سير الإدارة وما يرتبط بمسألة التعيينات، وكل ما تعلق بحقوق الموظفين والمواطنين عموما.

فإنّ عبقرية اجتهاد القاضي الإداري في القرارين ترتبط بتعريفه للقرار التنفيذي مرتبطا بمبدأ تجسيد الدستور، وتحقيق الحقوق، وما يترتب عنها من آثار واضحة من حيث بساطة النظام القانوني الذي يخضع له، وخاصة إمكانية الطعن فيها أمام قاضي الشرعية، وبأسس واضحة.

ويمكن القول، وبدون العودة الى معنى التنفيذ، كما هو متعارف عليه بين رجال القانون أنه ضرورة دستورية فـ: "لا يكتسي أي معيار عند إصداره، أي معنى إلا بتفسيره وتنفيذه"[3]، كما كان قد أكّد الأستاذ Rivéro[4] أنّ:«كل قرار يبرر بتنفيذه» حيث أنّ: «القانون الإداري الفرنسي يهدف الى البحث عن التوازن

---

[1]G.A.J.A, op.cit.

[2] Marie José Guédon, Décret et Constitution, in : Etudes en l'honneur de George Dupuis, Droit public, p129.

الترجمة للطالب

[3] Timsit, op.cit., p 45.

[4] Rivero, droit administratif, précis Dalloz, Edition, 1980, p503.

بين الفعالية التي يتطلّبها العمل الإداري وحماية الإدارة من التعسّف»[1] وقد كرس القاضي الإداري بذلك تحوله من: "(...) قاضي شرعية إدارية بشكل أساسي، إلى قاضي (عادي) للقانون الدستوري (...)"[2*]

(2) نستنتج مجموعة من النتائج من مضامين الحيثيات مجتمعة، بالنظر لمحاولة التأسيس للقوة التنفيذية، وكذا مضمونها، في النظم المماثلة، كالنظام الفرنسي خصوصا.

فقد توافق رجال القانون الفرنسيين على انّ القرار التنفيذي يتضمّن ثلاث عناصر هي: انتاج الآثار القانونية، بناء على إرادة مصدرة، والزامية تنفيذه.

والحقيقة أنّ مصطلح: "الطابع التنفيذي" أثار نقاشا طويلا بين رجال القانون الفرنسيين، فكان اول من عرّفه هوريو[3]، الى تكريسه بقرار مجلس الدولة لسنة 1982 Huglo[4] الذي اعتبر الطابع التنفيذي للقرارات الإدارية "القاعدة الأساسية للقانون العام الفرنسي"، ولكن العنصر الحاسم في هذا التعريف، هو ما ارتبط بإلزامية تنفيذه، فقد عرّفه Schwartzberg، كما يلي: «يحوز القرار أثر (سلطة) مباشر اتجاه الخاضعين له administres، بمجرد صدور، فهو يهدف الى تطبيق أو بموجب قانون، وبالتالي خصائصه الأساسية، وبذلك، يفرض سلطته، مكتسبا هيبة القانون»[5]، فقرينة الشرعية، تفرض الخضوع من قبل المواطنين والموظفين، فيقتضي التنفيذ إلا في حالة الطعن في شرعيته أمام القضاء الإداري.

إننا نستطيع القول، بالاستناد الى حيثية قرار مجلس الدولة (ح.م.) ضد وزير الداخلية لسنة 2009، أنّ الأساس للطابع التنفيذي هو الدستور، الى جانب القانون، بما يحمله من التعبير عن السيادة في أعلى صورها، أي سيادة الدستور بدل القانون.

ويمكننا التأكيد بانّ الآثار مجتمعة لقراري مجالس الدولة ترتب أثرا أساسيا ضمنته حيثية قرار سعيدي رابح هو اعتبار سلطة إصدار المراسيم التنفيذية سلطة مقيّدة، وبالتالي، فلا تملك الحكومة سلطة

---

[1] Rivero, op.cit, p 540.

[2] Bernard Stivn, le droit administratif vu par un juge administratif, A.J.D.A, n° 7/2013, p 390

[*] «(…) naguère principalement juge de la légalité administrative, il est aujourd'hui juge de droit commune du droit constitutionnel (…)»

[3] M. Hauriou, précis de droit administratif et de droit public, 12° Édition Sirey, 1933, réédition, Dalloz, 2002.

[4] Note Chevalier sous C.E, 1982, A.J.D.A, 1982,

[5] R.G. Schwartzenberg, l'autorité de la chose décidée, L.G.D.J., 1969.

« Dès son émission, l'acté possède une autorité immédiate envers les administrés, pris en application en vertu de la loi –et comme tel présumé légal- l'acte administratif emprunte provisionnelle ment à la loi ses attributs essentiels, revêtu de la majesté de la loi, il s'impose avec son autorité»

تقديرية إلا بالقدر المعقول المتصل "بالمدّة المعقولة"، وقد أسس دستوريا لهذا الاختصاص المقيد بالاستناد على ضمانة الحقوق، مما يمنحها أساسا قويا، مما يرتب أثاراً كبرى فيما يتعلّق بتقليص ميدان "أعمال السيادة"، وكذا مجال السلطة التقديرية.

وذلك، يؤدي الى تأكيد فكرة دحض الطابع المستقل عن التنظيم الرئاسي، كما لاحظ C. Favoreu، بالنسبة لما يُسمّى في النظام الفرنسي بـ "التنظيم المستقل"[1].

مما يجعل القرارات الإدارية، ليست امتيازا للسلطة العامة، بدون هدف، بل يربطها بتحقيق الشرعية، وبتحقيق الدستور.

وبالتالي، يمكن القول بأنّ مضمونه يتعلّق بضمان الحقوق والحريات، فلا يبدو، كما كرّس، لمدة طويلة، لدى رجال القانون، أنّه أثّر للسلطة العامة حصراً، بل يجعلها في خدمة الحقوق والحريات، فيظهر القرار الإداري كتجسيد للدستور، فهذا الامتياز هو في خدمة الحقوق، انطلاقا من أنّه (أي الدستور) أسمى ضمانة للحقوق والحريات.

يعتبر هذا التكريس انتصارا لرأي الأستاذة E. picard، التي ترى بتأسيس السلطة العامة والطابع التنفيذي كامتياز على أساس حماية الحقوق الحريات[2]، خلافا لرأي Vedel الذي يؤسسه على فكرة السيادة[3].

وأمّا المسألة الهامة التي حسمها قاضي مجلس الدولة من أنّ: "الحرية الأساسية (...) تكون السلطات التنفيذية مكلّفة بوضعها قيد التطبيق"، وبالتالي فإنّ جميع السلطات الإدارية معنية بتطبيق الدستور، بما يعني أن يصبح الدستور أساسا لقرارات جميع السلطات الإدارية، فكما يعتبر القرار تنفيذا للقوانين وفقا لمبدأ الشرعية فإنّه يعدّ كذلك (القرار الإداري) تنفيذا للدستور مباشرة، ويعدّ ذلك، إضافة لكون التنظيمات (حسب المادة 165) خاضعة لرقابة الدستور، بما يعني، من وجهة النظر المعيارية، تطبيقا له (أي الدستور)، فلا وجود لتنظيم مستقل عن الدستور، فكثير من احكام الدستور تجسّد بواسطة التنظيمات الرئاسية، كما هو حال التعيينات تطبيقا للمادة 78 منه.

الحقيقة أنّ مضمون الحيثية الذي وضع قاعدة عامة، التي تلزم جميع السلطات التنفيذية أي الإدارية بتنفيذ الدستور، يمتدّ بالضرورة الى السلطات المحلية والإقليمية، كما سبق وأن أشرنا له.

[1] Favoreu (L), Les règlements autonomes existent-ils ?.

[2] Picard, Rapport introductif, Puissance publique ou Impuissance publique, numéro spécial, A.J.D.A 20 Juillet 20 Aout, 1999.

[3] Vedel, droit administratif, op.cit.

وقد سنحت الفرصة لقاضي المحكمة الإدارية (الأغواط) بأن يؤكد على أنّ: "(...) الوالي ملزم طبقا للمادة 112 من قانون الولاية على السهر على حماية حقوق المواطنين وحمايتهم(...)" (حيثية أمر استعجالي)[1]، مما يظهر مدى تأثير مضمون الدستور (أي ضمانة الحقوق والحريات) على المشرّع، وكذا القاضي الإداري، وواصل القاضي في نفس الحيثية بـ: "أنّ الوالي ملزم طبقا للمادة 113 من قانون الولاية بالسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات (...)"، ففي ذلك تأكيد على الطابع الإلزامي للطابع الإداري، من حيث المبادرة في التطبيق[2]، حيث أنّ مفهوم التنفيذ ارتبط بأساسه وهي إقامة الشرعية، وتطور ذلك بأن أصبح مفهوم التنفيذ يتماهى مع الشرعية حيث خلص G. Braidantو B. Stirn الى تعريفه بمكونين حيث: «أنّ مبدأ الشرعية يتكوّن من عنصرين: إلزامية المطابقة مع القانون، وإلزامية مبادرة ضمان تطبيق القانون»[3]، وكذا التأكيد على الأساس الدستوري، ويمكننا تمديد هذا المنطق المستند على تعميم الإلزام العام الذي يخص جميع السلطات التنفيذية الى أعمال الجماعات الإقليمية، فأعمالها تخضع للقوانين والتنظيمات والدستور، فهي، بالنتيجة، وكسلطات تنفيذية ملزمة بتجسيد الدستور.

وينصرف الامر، بهذا المعنى، الى السلطات الإدارية المستقلة، حيث أنّها، في غالبها ضامنة للحريات الأساسية.

ولعلّ من أهم النتائج التي يمكن استنتاجها، هو انطباق القاعدة العامة، التي أقامها مجلس الدولة في قرار (ج. م.) ضد وزير الداخلية على السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، فتلك السلطة التنظيمية تهدف في جوهرها، الى التنفيذ، بما يؤيد فكرة انكار وجود سلطة تنظيمية مستقلة[4]، في النظام الفرنسي، وخاصة مع تطوّر الدسترة، والتي يؤكدها في الجزائر استعمال المراسيم الرئاسية لتنفيذ القوانين[5]، بما يعيدنا الى الفكرة الأساسية وتعليق الإستاد Carré de Malbergحين اعتبر: "أنّ النظام المكرس بالمادة 03 يعني أن الوظيفة الإدارية في مجملها تتمحور بالتعريف بداهة، وتقتصر على وظيفة تطبيق القانون."، وقد كان الأمر يتعلّق بالمادة 03 من دستور الجمهورية الثالثة لـ 1875، حيث القانون هو الأساس، وبالتالي، يمكننا القول أنّ الوظيفة التنفيذية تتعلّق الآن، في عصر الدستور والدسترة، بتطبيق الدستور.

---

[1] أمر استعجالي سبقت الإشارة اليه

[2] Braibant, Stirn, droit administratif Français.

[3] G. Braibant, B. Stirn le droit administratif français, presses sciences po et Dalloz, 2002, p229.

[4] Favoreu, op.cit.

[5] امثلة كثيرة:

–القانون المتعلق بمكافحة الرشوة، حيث صدرت المراسيم رئاسية لتطبيقه.

–المرسوم رقم... المتعلق بالشبكة الاستدلالية للأجور.

واعتقد أنّ أهمّ أثر على الإطلاق هو تحويلة امتياز التنفيذ من امتياز مطلق لصالح الإدارة الى امتياز لصالح تجسيد وحماية الحقوق والحريات، وقد سبق للمحكمة العليا (الغرفة الإدارية) أن اعتبرت انّ القرار الإداري ينتج آثاره في ترتيب الحقوق المكتسبة بمجرّد صدورها[1].

ونستطيع القول، بأنّ القضاء كحام للحريات (المادة 139 للدستور) يعد إحدى الهيئات المساهمة للتنفيذ إذا تعلّق الأمر بالحقوق والحريات.

وهكذا، فذلك يسمح للأفراد (كما حالة القاضي سعيدي رابح) والهيئات المطالبة بتنفيذ القوانين في حالة تعطيلها (رفض–تأخير)، ويترتّب عنها أيضا إصدار القرارات الضرورية لتنفيذ القوانين والتنظيمات عموما بغض النظر على فكرة الإحالة، فالتنفيذ ضرورية وتقديرها يعود للفاعلين، وكمثال على ذلك، فقد نصّ قانون المحروقات رقم 05–07 على انّه يمكن اتخاذ أي مرسوم لتنفيذ هذا القانون (المادة 113 منه).

إنّ اعتبار الدستور هو أساس التنفيذ يزيل العوائق، وخاصة تقاعس السلطة التنفيذية فـ: "(...) من الخطورة، التوسع في اعتبار صدورا اللوائح التنفيذية ضروريا لنفاد القوانين، بما يرتبه من تعطيل النفاد وتعليقه بإرادة السلطة التنفيذية (...)" (فتوى مجلس الدولة المصري).

تظهر الطبيعة التنفيذية للقرار الإداري كالتزام قانوني بالقيام بعمل، وبذلك فهو يرتب آثارا تتعلّق بضرورة التنفيذ وما ينجرّ عنها من استعمال وسائل تتدرج في قيمتها وطبيعتها (المطلب الثاني) فيتجسد الدستور والشرعية المنبثقة منه تقتضي ذلك.

وقد حدّد قاضي مجلس الدولة (ومن قبله الغرفة الإدارية للمحكة العليا) سلطات الإدارة من اتخاذ القرار بالنظر الى سلطات القاضي الإداري (الفقرة الثانية) انطلاقا من مبدا الفصل بين السلطات.

الفقرة الثانية: تحديد القرار الإداري استنادا الى مبدأ الفصل بين السلطات

استعان القاضي الإداري بمبدأ الفصل بين السلطات للتحديد المزدوج لسلطته ومجاله وكذا سلطة الإدارة. فكما رأينا، فإنّ النتيجة الأساسية المستنبطة من كل آراء وقرارات المجلس الدستوري تؤدي الى تحديد منهجي لمجال كل سلطة وتخصصها، وقد استعمل القاضي الإداري في عدّة قرارات المبدأ ليقرر ويحدد سلطة الإدارة في اتخاذ القرارات، بما يؤكد: " المكانة المتزايدة الممنوحة للمتطلبات الدستورية..."[2*]،

---

[1] قرار سابق.

[2] Bernard Stirn, le droit administratif vu par le juge administratif, AJDA. N°07, 2013, p387.

فقد أقر قاعدة عامة أساسية هي قاعدة امتناع عن الفعل Règle d'abstention، (1) وبالنسبة له كقاضي، وليقرر في نفس قاعدة إلزام بالنسبة للإدارة (2).

(1) يبدو لنا استعمال القاضي الإداري لمبدأ الفصل بين السلطات المكثف أنّه تم، بصفة مستقلة، حيث لا يظهر تأثير اجهاد المجلس الدستوري واضحا، حيث لم نجد في تلك الحيثيات المثارة أية آثار واضحة صريحة أو ضمنية، ويمكن نسبها الى تأثير التكوين الذي تلقاه القاضي، وبحكم الصلة الفكرية بالمرجعية القانونية الفرنسية[1]، وبخاصة أننا عثرنا على أثار هذا التصور المنبثق من المبدأ حتى قبل إقرار مبدا الفصل بين السلطات، أي قبل اجتهادات المجلس الدستوري لشهر أوت 1989.

ففي قرار حميدوش[2]، «الذي يعود الى بداية القضاء الإداري»، وفي فترة تميزت بكثافة الاخذ بالاجتهادات الفرنسية ومحاكاتها.

فإننا نجد في خضم هذا القرار الذي ظعن بموجبه السيد حميدوش بعريضة بتاريخ 15 جويلية 1963، طالب بإلغاء القرار المتخذ في 25 جويلية 1961، من قبل محافظ مدينة الجزائر (le préfet administrateur)، رئيس اللجنة الإدارية لمكتب النشاط الاجتماعي للمدينة، المتضمن تسميه بصفته موظفا متربصا، بأثر رجعي منذ 6 أوت 1955، حيث انتهى الى رفض طلب الإلغاء نظرا لفوات الآجال، ونظرا لعدم تحقيق شروط نظام سحب القرار الإداري، فقد أثار القاضي في احدى حيثياته أنّه: «لا يعود للجهة القضائية الإدارية أن توجه أوامر للإدارة»

«Il n'appartient pas à la juridiction administrative d'adresser des in jonctions».

بما يظهر الاخذ بنتيجة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، وقد درج القضاء الجزائري على الأخذ بنفس النتيجة، المتمثلة في الامتناع عن توجيه الأوامر للإدارة.

وقد أصبحت هذه القاعدة مسلم بها لدى القضاء المتقاضين والإدارة، فهي أضحت تثار بشكل متكرر وعادي.

ومما يؤكد تأثر الفصل بين السلطات لدى القاضي الإداري، قبل دستور فبراير 1989، وتبني نتائجه، وهو أخذه بمفهوم <u>القرار المنعدم</u> في قرار بوضياف[1] تأثر باجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قرار

---

[*] «Une place accrue faites aux impératifs constitutionnel»

[1] L'influence de la constitution française sur la constitution algérienne, R.A.S.J.E.P.

[2] C.S. 8 avril 1966 arrêt hamidouche c/bureau d'action social de la ville d'Alger, annuaire de la justice 1966 (1), 1967, p447.

Rosand Girard[2]، حيث أنّ المدّعي قد أثار فكرة انعدام القرار. ورتب لها القاضي أثرها عندما صرّح ببطلان القرار، رغم ما يوجد من تباعد في الحالتين.

والحقيقة، أنّ ظاهرة تشبث القاضي الإداري الجزائري بأثار المبدأ وخاصة في امتناعه عن القضاء وتوجيه الأوامر للإدارة، ناتج عن تطبيقه للمعيار العضوي بكل حرفية، ودون محاولة اجتهاد منه لتجاوزه باستثناء في قرار سمباك[3].

وقد وجدت هذه القاعدة أساسا لها في ظهور مبدأ الفصل بين السلطات بصدور دستور 1989، وتدعمت قناعة القاضي حيث كثُر استعماله، بما يُعد اعترافا للإدارة بسلطتها وحماية لها.

ونستنتج أنّ تكريس مبدأ الفصل بين السلطات، الذي كان موجودا، بشكل "ضمني" في ظل وحدة القضاء رغم استبعاد المبدأ، وهو نتيجة لتبني المعيار العضوي في اختصاص "القاضي الإداري"، فرقابة الشرعية الممارسة من قبل القاضي المختص التي تنصب على أعمال الإدارة تقترح هذا الفصل العضوي.

وقد انجرّ عن هذه الحقيقة النتائج المفترضة والقائمة أساسا على استقلالية كل سلطة، وما يترتب عنها من اعتراف بامتياز وسلطات لكل سلطة، فالأمر يتضمّن، من جهة، الاعتراف بسلطة الإدارة سلطة اتخاذ القرارات الإدارية، كأهم امتياز تتمتّع به ومن جهة أخرى، منح سلطة إلغاء القرارات الإدارية للقضاء، فإنّ امتناع القاضي الإداري عن توجيه الأوامر للإدارة، كما استقر عليه اجتهاد القاضي الإداري، قبل دستور 23 فبراير 1989، يظهر تأثير مبدا الفصل بين السلطات، بشكل مضمر في تصوّر القاضي لسلطته، والحقيقة، أنّ رقابة الشرعية قائمة على مسلمة الفصل العضوي بين السلطات، وهو أمر واضح لا مراء فيه، فلا شك في الفصل بين الإدارة والقضاء رغم "وحدة السلطة الثورية" في ظل أمريه 10 جويلية 1965، وكذا "وحدة السلطة" في ظل دستور 22 نوفمبر 1976[4].

يمكن القول، أنّ التصور حول مبدأ الفصل يجد له أساسا تشريعيا، يتبنى المشرّع، عبر المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، للمعيار العضوي.

---

[1] C.S. (ch.adm)- 22 Janvier 1977, Boudiaf Mohamed, C/ Directeur de l'institut de droit, in : Recueil d'arrêts, op.cit. p98

[2] C.E, 1957, Rosand Girard, in: GAJA.

[3] Note Mahiou sous C.S. (ch.adm), S.N.Sempac C/O.Ai.C.R.A.S.J.E.P, 1981.

[4] Laggoune Walid, la justice dans la constitution de 1976, R.A.S.J.E.P, 1978.

وقد حرص القاضي الإداري على تطبيق المعيار العضوي، بإصرار وباستمرارية[1]، وقد تبنّى كثيرا من أثار هذا التصوّر، ومن أهمّها استعماله لنظرية "أعمال السيادة"، كما رأينا، حيث يقيم الأساس، كما شرحها في قرار C.CR.MA، الذي رأيناها، فهو يذكر العلاقة بين السلطات التنفيذية والتشريعية، وكذا العلاقات مع الخارج.

في الحقيقة، يبدو الأمر محيّرا ومتناقضا للمتتبّع القانوني لهذا الاجتهاد القضائي القائم على فرضية مبدأ الفصل بين السلطات والآثار المترتبة عنه.

فالمبدأ مستبعد من تنظيم السلطات في ظل أمريه 10 جويلية 1965، وقد كان امر السلطة قائم على الدمج بينهما.

وقد كان لتبني مبدأ الفصل بين السلطات، في ظل دستور 23 فبراير 1989، بفضل اجتهاد المجلس الدستوري، أثر، من حيث منح الأساس القانوني، والذي أيّد اجتهادات القاضي الإداري القائمة على المبدأ، وليعظمها، ويجعلها أكثر وضوحا، وليدفع الى ترتيب آثار جديدة قادمة.

وقد أصبح القاضي الإداري، في هذه الحقبة الجديدة أكثر جرأة، فالمبدأ أصبح مصرح به ويملك أساس دستوري معتمدا، وقد أصبح القاضي الإداري يُستند إليه صراحة في صلب حيثياته ومرتبا للنتائج التي عرضناها.

فقد أمسى أحد الأسس للسياسة الاجتهادية للقاضي الإداري والتي تسمح بإقرار توزيع الاختصاصات بين كل السلطات، وخاصة التنفيذية منها، والقضائية، فامتناعه عن التدخل في مجال السلطة الإدارية قابله تذكيره للمتقاضين بمهمته القضائية، التي تتعلّق إمّا بإلغاء القرار الإداري أو تقرير التعويض على أساس المسؤولية الإدارية.

في هذا التصور، استعمل المبدأ في تحديد علاقته في بالمجلس الدستوري، ففي هذا الصدد، فإنّه قضى بعدم اختصاصه للنظر في قرار نحناح ضد رئيس المجلس الدستوري[2] بالاستناد الى مبدأ الفصل بين السلطات.

---

[1] بوسماح محمد، محاضرات في المرفق العام، ترجمة رحال مولاي ادريس ورحال بن عمر، ديوان المطبوعات الجامعية.

[2] مجلس الدولة، قضية نحناح ضد رئيس المجلس الدستوري، منشور بمجلّة إدارة.

وأمّا ما تعلّق بالنظر في الأعمال البرلمانية فإنّه لا يمكننا التأكد على استعماله للمبدأ، فهو يختص بالنظر في أعمالها الإدارية، بحكم اخضاع المشرع لتلك الأعمال البرلمانية في نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحكم أنّها مصنّفة كهيئات عمومية وطنية.

ولكننا، يمكننا القول أنّه يأخذ بعين الاعتبار مبدأ الفصل بين السلطات ضمنيا وان لم يصرّح به شكلا، حيث أنّه في قضية[1] تتعلّق بقرار برلماني، يتضمّن عدم تجديد الإجراء الاستثنائي المتمثل في صب التعويضات البرلمانية لنواب حزب العمال في الحساب الجاري لهذا الحزب، فبعد أن أكّد القاضي الإداري أنّه مختص للفصل في نزاع يتعلّق بعمل المجالس البرلمانية، فقد اعتبر القرار السابق الموافق لطلب حزب العمال بصب التعويضات البرلمانية للحساب الجاري للحزب "لم يكن حقاً بل مجرد مزية"، و"التعويض البرلماني شخصي"، فقرار المجلس بذلك شرعي، ومما يؤكّد هذا الطرح ما جاء في قرار ثان[2] حيث يميز بين "القرارات البرلمانية البحتة"، "والقرارات البرلمانية الصادرة عن مصالحها الإدارية"، فقد طعن نواب المجموعة البرلمانية للتجمع من أجل الثقافة والديمقراطية بعدم مشروعية محضر الجلسة العلانية للمجلس الشعبي الوطني (...) فيما حذفت منه بعض العبارات المدوّنة لتدخّلهم حول مشروع قانون المالية لسنة 2010.

وممّا يمكن إيراده كأساس لتفسير مبدأ الفصل بين السلطات، والذي قد يكون له الأثر في تصور القاضي الإداري للمبدأ واستعماله ما جاء به التعديل الدستوري 28 نوفمبر 1996 حيث أنّه قد تمّ تعديل صياغة المادة 134 من دستور 23 فبراير 1989 التي أصبحت المادة 143 من دستور نوفمبر 1996، فبعدما كانت صياغتها كما يلي: «ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات العمومية»، أمست صياغتها كالتالي: «ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية».

ويبرز ذلك حرص المؤسس الدستوري على احترام مبدا الفصل بين السلطات، وينبؤنا عن تصور لمبدأ الفصل بين السلطات وما ترتب عنه لمنع القضاء امن النظر في أعمال السلطات العمومية أي السلطتين القضائية والتشريعية، والذي يستفاد من صياغته الحالة للمادة 143، وهو ما ينسجم مع تنظيم اختصاصات القضاء الإداري.

---

[1] مجلس الدولة، القرار رقم 060189 المؤرخ في 2010/04/28، تحت عنوان: "الهيئات العمومية الوطنية"، مجلّة مجلس دولة، العدد 10، سنة 2012

[2] مجلس الدولة، القرار رقم 062648 المؤرخ في 2011/09/28، نفس العدد.

وقد كان تأسيس قاضي مجلس الدولة بالحيثية التالية: «حيث انّه إذا كان من المبادئ العامة للقانون أنت الفصل في المنازعات المتعلقة بأعمال المجالس البرلمانية يعود الى مجلس الدولة فإنّه من المستقر عليه أنّ اختصاص هذه الجهة القضائية الإدارية العليا في المجال ينحصر في البت في النزاعات المنصبّة حول تعويضات النواب والموظفين والنزاعات التي تخص المسار المهني والطعون الرامية الى رقابة مدى شرعية القرارات البرلمانية الصادرة عن مصالحها الإدارية، ولا يمكن أن تتّسع الى رقابة الأعمال البرلمانية البحت التي تساهم مباشرة في سن القوانين او المصادقة عليها»، وبالتالي: «فإنّ القرار المعروض على رقابة المجلس المتمثل في محضر جلسة مناقشة قانون المالية لسنة 2010 المتضمن آراء نواب المؤدية الى تصويت على هذا القانون يكتسي طابع برلماني بحت، فإنّه يتّضح أنّ مسألة فحص مشروعيته تخرج عن اختصاص القضاء الإداري (...)»

وإننا نجد المثال الاجدر بالذكر والدراسة قضية (ح.م.) ضد رئيس بلدية الشراقة[1]، الصادر في ضل دستور 1989، فهو يبين تشبث القضاة والإدارة بهذه القاعدة وإصرارهم على تطبيقها.

حيت أنّ المستأنف استفاد من قرار منح قطعة أرضية ودفع مبلغ القطعة الأرضية لإدارة الضرائب، ولكن الإدارة تراجعت وطلبت منهم استرجاع مبلغ البيع.

رفع المستأنف دعوى أمام الغرفة الإدارة لدى مجلس قضاء البليدة ترمي الى تصحيح البيع وصدر على هذه الدعوى القرار المستأنف، حيث رفض المجلس القضائي طلب المدعي المستأنف الرامي الى الحكم على مجلس الشعبي البلدي بإتمام إجراءات البيع مع تسليمه عقد التنازل.

وقد اعاب المستأنف على قضاء المجلس عدم مناقشة الطلب الاحتياطي المتضمن أنّه في حالة استحالة إتمام البيع، أن يحكم على البلدية أن تستبدل القطعة الأرضية المتنازع عليها بقطعة أخرى.

وقد أسس قاضي المجلس (الغرفة الادارية) عدم الاستجابة لطلب تعويض بقطعة أرضية أخرى على: «أنّ القاضي الإداري لا يمكنه أن يأمر الإدارة».

وقد أنكر المستأنف (أي المحامي) على القاضي أن يتمسك: «دون تأسيس على أي نص قانوني او حكم قضائي بان القاضي لا يمكنه أن يأمر الإدارة» (أحد الحجج المذكورة في القرار). والحقيقة أنّنا رأينا ان القاضي قد اخذ بهذه القاعدة في اجتهاد كثير، لا يمكننا الإقرار بأنه مستقر وثابت، فقد كان

---

[1] المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، قضية (ح.م.) ضد رئيس بلدية الشراقة بتاريخ 1994/07/24، المنشور بالمجلة القضائية 1996.

موجودا، نظرا للنشر الضيق والمتقطع للقرارات القضائية، التي تمنعنا من تأكيد الاستمرارية في الاخذ بالقاعدة أو التراجع عنها او تعديلها.

ومما نلاحظه أن الإدارة تتمسك بهذا الامتياز المعترف به لصالحها، وتثيره كأساس حاسم (وهو ما جاء في ادعاءاتها) ففي ردها على طلب المواطن (المستأنف): «حيث انّ الطلب الرامي الى إلزام البلدية بأن تبيع المستأنف قطعة ترابية يتعارض مع المبدأ العام الذي يمنع على القضاء الإداري توجيه أوامر للإدارة بالقيام بالتزام او التخلي عنه».

وفي المقابل، فإنّ رد المستأنف كان كما يلي بأن اعتبر: «بأنّ السؤال الذي يطرح نفسه إذا كان القاضي ليس بإمكانه إصدار امر او قرار ضد الإدارة لكي تلتزم بواجباتها، فما هو الدور الحقيقي الذي يلعبه القاضي الإداري للفصل في النزاعات».

وقد أيّد قاضي الغرفة الإدارية للمحكمة العليا استعمال قضاة المجلس الأعلى حيث اعتبر: «(...) قضاة الدرجة الأولى ناقشوا الطلب الاحتياطي للمستأنف ورفضوه بسبب أنه ليس في صلاحيات القاضي الإداري أن يعطي أوامر للإدارة» (الحيثية الأولى للقرار).

لكن الأهم بالنسبة لقاضي المحكمة العليا هو الرد الصريح عن التساؤل الأساسي عن الأساس القانوني لهذا الامتياز الذي تتمتع به الإدارة سواء من القانون او من اجتهاد قضائي، والذي اثاره محامي المستأنف.

واعتقد أنّ ذلك التساؤل كان فرصة حسم ذلك الامر، وتأسيس هذا الامتياز تأسيسا صريحا وواضحا، واعتقد أنه اول قرار يؤسس لهذا الامتياز على أساس مبدا الفصل بين السلطات، حيث كانت فرصة سانحة للتأسيس الدستوري، في سابقة هامة، سمحت للمحكمة العليا (الغرفة الادارية) بدسترة هذا الامتياز الإداري، بالاستناد الى مبدأ الفصل بين السلطات.

وهكذا ولإعطاء ذلك الأساس ذكر القاضي الأسمى في حيثية أولى، كقاعدة عامة وكمقدمة كبرى majeur: «(...) أن القاضي الإداري وطبقا لمبدأ الفصل بين السلطات، لا يمكنه اجبار الإدارة على تعويض المستأنف، (...)»، وليترتب على هذا الأساس، في حيثية لاحقة، كنتيجة: «أن قضاة الدرجة الأولى قد اصابوا (...) بسبب أنّه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة».

يقدم لنا هذا القرار القضائي خلاصة النقاش حول الأساس الدستوري لامتياز الإدارة وحمايته، لمبدأ الفصل بين السلطات، ونرى ان التأسيس الدستوري، قد جاء نتيجة لأثر دستور 23 فبراير 1989، وخاصة نتيجة لتكريس مبدأ الفصل من قبل المجلس الدستوري في آراء قرارات أوت 1989.

والحقيقة، أنّ القرارات اللاحقة، قد اخذت بهذه القاعدة، بشكل عادي، مما يقوي من هذا الامتياز الإداري ويحميه ويحصنه قضائيا، وقد كان تأسيس مجلس الدولة دعما لهذا الاجتهاد وتكريسا له، وأعطى له قوة يستمدها من استقلالية مكرسة دستورا، والتي جعلته «كجهة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية» (المادة 3/152 من الدستور).

وقد استعرضنا سلسلة من الأمثلة (الأدلة) على تلك الاستمرارية التي طبعت تصور القاضي الإداري، سواء قبل تأسيس القضاء الإداري او بعده، وقد كرّس مجلس الدولة في كثير من القرارات التي نستدل ببعضها على حماية امتياز الإدارة، حيث وانّه في قضية ضد مديرية المصالح الفلاحية لوهران[1] يلتمس الطاعنون بإلغاء قرار الغرفة الإدارية لوهران بتاريخ 2002/04/22 القاضية برفض دعواهما لعدم التأسيس، وعن طريق الفصل من جديد «إلزام مديرية المصالح الفلاحية بتسوية وضعيتها الإدارية...» (جزء من الطلب)، وقد رد القاضي على مستوى مجلس الدولة بالحيثية التالية حيث: «يرى مجلس الدولة في هذا الشأن أنّه ليس بإمكان القضاء أن يصدر أوامر او تعليمات للإدارة، فهو لا يستطيع أن يلزمها بالقيام بعمل، وأن سلطته تقتصر فقط على إلغاء القرارات المعيبة او الحكم بتعويضات» (انتهى نص الحيثية).

ونلاحظ أنّ مجلس الدولة يطبق بثبات هذه القاعدة المنبثقة من مبدا الفصل بين السلطات، ودون تراجع ودونحدود لها، ونستنتج ذلك من قرار آخر لمجلس الدولة صادر في 2003[2] يتعلق النزاع فيه بقرار ولائي يتضمن تعديل حدود بلدية تغزوت مصادق عليه من الجهة الوصية (وزارة الداخلية)، حيث تطاب بإلغائه، فكان رد قاضي مجلس الدولة حيث أسس قراره على ما نصت عليه الحيثية من: «(...)أنّه نظرا لمبدأ الفصل بين السلطات فإنّ السلطة القضائية لا يمكنها أن تحل محل السلطة المؤهلة قانونا وهي وزارة الداخلية وهي التي أشرفت وصادقت على رسم الحدود بين البلديتين ووضعت الحدود الإقليمية لكل واحدة(...)».

---

[1] مجلس الدولة (الغرفة الرابعة)، قضية (ب.و.ج.) ضد مديرية المصالح الفلاحية لوهران، جلسة 2002/07/15، رقم الملف 5639، منشور في مجلة مجلس الدولة العدد: 03.

[2] مجلس الدولة، قضية بلدية تغزوت ضد والي ولاية الوادي ومن معه بتاريخ 2003/05/06، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 04، ص 128.

(2) وهكذا فإنّنا نستنتج تفسيرا لمبدأ الفصل بين السلطات يمنح الإدارة سلطة اتخاذ القرار الإداري ويحميه، بما يقوي القناعة لدينا أنّ ذلك متأتي، كما يشرحه Demichel حيث يرى انه كلما أحدث الصراعات الاجتماعية والاقتصادية، كلما زاد ذلك في تكييف الفصل بين السلطات بشكل دقيق»[1].

وقد كتب لنا Demichel أنّ: «تطبيق الفصل بين السلطات على القانون الإداري، يهدف الى العزل بقصد حماية السلطة التنفيذية»[2*].

وقد كان استعمال مبدأ الفصل بين السلطات من قبل القاضي الإداري في النظام الفرنسي ثابتا وتعرّض الى تطبيق دائم، فقد اعتبر الأستاذ Favoreu أنّه: «يظهر أنّ القاضي الإداري قد احترم المبدأ الدستوري للفصل بين السلطات (...)»[3]، وذلك بالنظر لبعض التراجع، وخاصة، عندما يلجأ الى المعيار المادي، ففي هذه الحالة، فإنّه يخرق المبدأ حماية حقوق المتقاضين.

وقد قضى مجلس الدولة بالنظر في قرارات المجلس الأعلى للقضاء (الأحكام التي سبق لنا تناولها) رغم حرفية المادة 2/99 من القانون الأساسي للقضاء التي تجعلها غير قابلة للطعن، خرقا للقاعدة التشريعية، وخرقا لمبدأ الفصل بين السلطات ضمنيّا.

ومهما يكن، فإنّنا لم نعثر على كثير من الاستثناءات على المبدأ، وإن كانت مدعوة الى التزايد حيث أنّ إعمال مبدأ الضمانة القضائية للحقوق والحريات استنادا الى المادة 139 من الدستور، كما سبق بيانه، قد يوسّع الاستثناءات.

ويبدو أنّ قضاة الدرجات الدنيا يأخذون المبدأ، وإن لم نؤكّد ذلك بشكل موسّع.

وإنّنا نجد تأثير هذا التصور القائم على مبدأ الفصل بين السلطات حتى لد قضاة المحاكم الإدارية، ففي الأمر الاستعجالي[4] لمحكمة الاغواط، فقد استند القاضي الى التعليمة الرئاسية المؤرخة في 2004/02/07 المتعلقة بالانتخابات الرئاسية (ح. ر. 09 2004/09)، حيث يرى القاضي: «(...) التعليمة وان كانت آثارها تتعلق بالانتخابات الرئاسية لسنة 2004، إلا أن المبادئ التي تضمنتها تبقى صالحة في

[1] André Demichel, le droit administratif, essai de réflexion théorique L.G.D.J paris, 1978, p43.
[2] Ibidem, Demichel, le droit administratif, p51
[*] «La séparation des pouvoirs, en tant qu'elle s'applique en droit administratif a été conçue comme un isolement destiné à protéger l'exécutif»
[3] L. Favoreu, le juge administratif et le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, in: mélanger Paul Anselek, p298.
[4] أمر استعجالي من ساعة الى ساعة، المحكمة الإدارية للأغواط، الغرفة رقم 01 بتاريخ 2013/06/07

الزمان والمكان، فقد استدل بهذه الفقرة التي نصت على: "أنّ تعزيز سبل الطعن وتأهيل الجهات القضائية للنظر في النزاعات الانتخابية يستند الى مبدا الفصل بين السلطات الذي ينيط الإدارة بتنظيم وتسيير العمليات الانتخابية، ويخول للعدالة سلطة مراقبة نزاهتها..." يبرز عمل القاضي، وحتى الإدارة تبنتها لمبدأ وتأسيس سلطتها دستوريا على أساسه».

نستخلص أنّ الاجتهاد القضائي الإداري استنادا على مبدأ الفصل بين السلطات، قد كرس بواسطة قاعدة امتناعه وعدم الحلول محل الإدارة، قاعدة امتلاك الإدارة سلطة اتخاذ القرار وإلزام الافراد، مما جعل المبدأ قاعدة أساسية للقانون الإداري الجزائري.

المطلب الثاني: التأسيس الدستوري للسلطة السلمية (الهرمية)

استطاع المجلس الدستوري تأسيس السلطة الرئاسية او الهرمية دستوريا (الفرع الاول)، لتواكبه مبادئ دستورية تضمنها تعديل 28 نوفمبر 1996، تؤطر لاستعمال الاكراه الضروري الذي تملكه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التأسيس للسلطة السلمية

حدد المجلس الدستوري مضمونها (الفقرة الأولى)، لتعضد بالتأكيد على مبدأ الاستمرارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مضمون السلطة السلمية:

تم تأسيس وتحديد مضمون السلطة الرئاسية من قبل المجلس الدستوري في رده على السلطات التي حاول النواب ان يكتسبوها بأن يمددوا رقابتهم على مجموع الإدارات العمومية، في سلسلة من المحاولات عبر عدة مشاريع قوانين (1)، والتي قرّر لها المؤسس ضمانات لممارستها (2)

(1) اعتمد المجلس على مبدأ الفصل بين السلطات ليحمي مجال السلطة الإدارية، كما رأينا في الفقرات السابقة، وليرتب الحماية لسلطتها في مجال الرقابة الإدارية، ونتج عن ذلك تأسيسا دستوريا للرقابة الإدارية كأهم مكون لامتيازات السلطة العامة.

نلاحظ قوة التأسيس الدستوري ووضوحه، بخلاف الحال في النظام الفرنسي، والذي بقي لمدة طويلة مترددا بحكم الأساس القانوني غير الأكيد، فقد صنف كمبدأ عام للقانون بما يفرض نفسه على السلطة التنفيذية، وأنّه لا يمكن إيرادها لاستثناءات عليه إلا بقاعدة تشريعية.

وبتلك المكانة الدستورية التي تمنحه ضمانة دستورية، حيث لم يسمح للمشرّع بالمساس بالسلطة الرقابية للسلطة التنفيذية

وقد أقام المجلس تصوره لمبدأ الرقابة كامتياز لصالح الإدارة دفعا لتصور النواب لمعنى الرقابة البرلمانية، فقد اعتبر النائب ان تلك الرقابة شاملة، وهي حق دستوري يمتلكونه فرادا وبشكل جماعي، في اعتقادهم، وقد كان ذلك بالنسبة للنواب أمرا مسلما به ومما يدل عليه هو تكرار المطالبة بالمهمة لمدة طويلة، مما اقتضى من المجلس الدستوري الرد المتكرر والتأكيد المستمر.

وقد كانت المحاولة الاولى في القانون الأول، والذي سبق وأن تناولناه، ففي المادة 17 من القانون المتضمن القانون الأساسي للنائب التي تخول هذا الأخير ان يتابع في الدائرة التي انتخب فيها: «(...)، (...) المسائل المتعلقة بنشاط مختلف المصالح العمومية»، حيث ان المجلس اعتبر أن: «(...) تخويل النائب أن يتابع فرديا (...) المسائل المتعلقة بنشاط مختلف المصالح العمومية، أسند القانون (...) للنائب مهام تتجاوز إطار صلاحياته الدستورية».

وقد حاول القانون في مادته 21 السماح للنائب بـ «سماح الهيئة التنفيذية الولائية» حول كل «مسألة تتعلق بسير المصالح العمومية التابعة لدائرته الانتخابية»، قد ردّ المجلس باعتباره: «(...) هذا الاجراء يشكل أمرا موجها للسلطة التنفيذية ولا يندرج بتاتا ضمن صلاحيات النائب الدستورية، ونص المادة 21 على هذا النحو يستبعد مبدأ الفصل بين السلطات».

وقد عاود النواب الكرة، بمناسبة القانون المتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان، ففي رأيه لسنة 2001[1] اعتبر: «(...) أنّ المادة 7 من هذا القانون، وسعت الرقابة الشعبية على عمل الحكومة ومدى تنفيذ برنامجها الى مختلف الهيئات العمومية»، ليرى المجلس الدستوري: «(...) أن المشرع حينما وسع نطاق الرقابة الى الهيئات العمومية يكون قد خالف أحكام المادة 99 من الدستور»، حيث قضى المجلس في الحيثية السابقة تأسيسا على أساس: «(...) أن المادة 99 من الدستور أقرّت الرقابة التي يمارسها

[1] رأي رقم 12/ر.ق./لسنة 2001، سبق ذكره في الفرع السابق.

البرلمان على عمل الحكومة وفق الشروط المحدّدة في المواد 80، 84، 133 و134 من الدستور، ويمارس المجلس الشعبي الوطني الرقابة المنصوص عليها في المواد 135، 136 و137 من الدستور».

وقد أدى ذلك لأن يستنتج المجلس من المواد المذكورة أنّها: «حصرت الرقابة على عمل الحكومة دون سواه».

نلاحظ أنّ المجلس الدستوري أسس حمايته للرقابة الإدارية كامتياز سلطة عامة على أساس تصور للرقابة الشعبية، التي يمارسها البرلمان، فهذه الرقابة، تملك مجالا وتمارس وفق شروط، من جهة، وهي من جهة أخرى تمارس من البرلمان كهيئة على الحكومة كهيئة.

وبذلك فقد اجتهد المجلس بتحديد مفهوم الرقابة الشعبية التي يمارسها البرلمان، وكان ذلك بالاستناد الى المواد الدستورية، بما يشبه التذكير بالأحكام القانونية الموجودة شكلا والواضحة مضمونا.

ونستنتج أنّ المجلس قد حمى مجال الرقابة الإدارية بتمييزها عن الرقابة الشعبية للبرلمان. وبذلك يكون قد أسّسها دستوريا، بطريقة سلبية، فهو لم يورد أي حكم دستوري يستند اليه، ولم يجتهد واكتفى بحماية المجال الإداري، فهي ما يمكن ان نعتبر اهم امتياز من امتيازات السلطة العامة. وقياسا على ذلك يمكن تصريف ذلك وتعميمه على الرقابة الشعبية بمفهوم المادة 02/14 من الدستور[1]، فهي تتميز عن الرقابة الإدارية الممارسة في إطار الدولة سواء مركزيا او محليا. والحقيقة أن المجلس الدستوري لم يستند الى المادة 14 من الدستور، والتي نعتقد أنّها تصلح كأساس دستوري واصح وقوي، فالمادة 14 تضع المبدأ، فالرقابة الشعبية تنصب على السلطات العمومية وليس على السلطات الإدارية.

فمصطلح "السلطات العمومية" في الاصطلاح المكرس في النص الدستوري يتميز عن اصطلاح "السلطات الإدارية" كما جاءت في نص المادة 143 من الدستور، وهي تعني: السلطات الدستورية المتمثلة في البرلمان والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية.

وينطبق أمر حماية مجال الرقابة السلمية على الإدارة في مستوياتها المركزية، واللامركزية فقد مدّدها المجلس الدستوري الى كامل الهياكل، فهو استعمل المصطلح في أول رأي له[2] عندما نص على: «(...) الأجهزة والهياكل التابعة للدولة»، حيث اعتبر المجلس انشاء المجلس الشعبي الوطني للجنة دائمة

[1] المادة 02/14: «المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبّر فيه الشّعب عن إرادته، ويراقب عمل السّلطات العمومية».

[2] رأي رقم 1/ق.م.د/1989.

لتطلع على العرائض التي ترسل اليه، وتدرسها، وتخطر، وان اقتضى الحال الأجهزة والهياكل التابعة للدولة غير دستوري لمخالفته لمبدأ الفصل بين السلطات.

وما يمكن التأكيد عليه، ان المجلس في جهده لتأسيس امتياز الرقابة الإدارية لصالح السلطة التنفيذية، قد ميّز بين الحكومة، والإدارة، دون يرتب آثار محددة، ولكن الوظيفة المتوخاة من ذلك هو ابعاد البرلمان، والتأسيس للسلطة التنفيذية والحقيقة، أنّنا لا نتصور حكومة مسؤولة إذا لم تكن تملك سلطة وهو أمر مسلم به.

مما نلاحظه أنّ الحماية الدستورية تعلقت بالسلطة الرقابية للإدارة: أي الرقابة الرئاسية، وهي لا تغطي كل عناصر السلطة الهرمية، كما هو متعارف عليها بين رجال القانون، فهي لا تذكر سلطة التوجيه كأهم مكوّن لها، فإنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي قد اعتبرها مبدأً عاما للقانون، حيث أنّ: «الإحالة التقليدية للمبادئ العامة للقانون تتعلّق عموما، بسلطة الرقابة»[*1]، فكثير من رجال القانون ينكرون المكوّن الثاني المتعلّق سلطة التوجيه povoir d'instruction، ويعتبرونه مجرّد سلطة فعلية، تتعلّق بالضرورة، فقد رأى Dimatta في رسالته[2] أنّه لا وجود للسلطة السلمية، ويربطها أساسا بالسلطة التقديرية.

(2) والحقيقة أنّ الدستور قد رتب من الضمانات التي يمكن الاستناد اليها، على أساس المادة 85 منه، لتأسيس السلطة الهرمية للإدارة، وحمايتها.

فقد نظم المؤسس الدستوري بنص المادة 85 السلطة الهرمية وتوزيعها داخل الإدارة العمومية.

تعتبر المادة 85 خلاصة السلطة الإدارة في احكامها، فهي تجمع أهمها بما يفيد الصلة بينها، وما تقترحه من قراءة متماسكة لمسالة السلطة الإدارية في مكوناتها أي سلطتها، وامتيازاتها القانونية.

فقد رأينا، امتياز السلطة التنظيمية الذي يتجسد في القدرة على اصدار القرار الإداري يهدف الى التنفيذ لمفهوم الدستور، وقد اكتشفنا وحدة السلطة التنظيمية، والذي اقتضى وحدة الإدارة، والذي هو نتيجة لوحدة "الوظيفة التنفيذية"، وما نستنتجه كأثر لذلك ان تلك الوحدة الإدارية تمر عبر إعمال الرقابة الرئاسية او السلمية، فهي الروح بالنسبة للجسد (أي الإدارة الهيكلية) ينجر عن ذلك تلازم التنفيذ مع الرقابة، أي ضرورة الرقابة لتنفيذ بما يجعل الرقابة مشتقة من التنفيذ، فهو مبررها وأساسها، ومجالها، والحقيقة أنّ

---

[1] André Legrand, Un instrument du flou : le pouvoir hiérarchique, p67.

[*] «La référence traditionnelle aux principes généraux du droit n'est d'ailleurs généralement faite qu'a propos du pouvoir du contrôle».

[2] Pierre Dimalta, essai sur la notion de pouvoir hiérarchique, L.G.D.J, paris.

رجال القانون قد استنتجوا تلك الصلة حيث اعتبرها البعض جزاء للشرعية[1]، وكتب الأستاذ Ndam أنّه: «في نظام تنفيذ القرارات الإدارية الانفرادية، يقضي إقامة أنظمة رقابة، وعقوبات وكذا الاكراه المادي»[2]*.

فالوزير الأول، حسب المادة 85 من الدستور الذي: «يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات»، والذي «يسهر على حسن سير الإدارة العمومية»

ولأجل ذلك، فهو الذي يمارس السلطة الرئاسية (الهرمية او السلمية) حيث يكلفه المؤسس الدستوري بأن: «يوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة (...)» (المادة 85/مطة1) وكذا التعيين وظائف الدولة بعد موافقة رئيس الجمهورية (...)» (المادة 85/مطة4)، فانطلاقا من هذا، فممارسة السلطة التنفيذية تقتضي ممارسة السلطة الرئاسية، حيث يفيد مضمون المادة 1/85 معنى تفويضه لبعض سلطته التنظيمية في اطار وحدة السلطة الإدارية عضويا ووظيفيا، نستنتج أنّ السلطة الرئاسية هي التيار الذي ينقل السلطة التنظيمية من أعلى الهرم الإداري الى الدرجات الدنيا عبر توزيع السلطة الإدارية فهي امتياز يهدف الى جانب امتياز السلطة التنظيمية، الى تنفيذ القانون وتفعليه.

وقد كان الأمر، في النظام الفرنسي، باجتهاد من المجلس الدستوري، والذي يقضي بأن توزيع الاختصاصات داخل السلطة التنفيذية يعود للسلطة التنظيمية، باستثناء ما تعلّق بالضمانات الممنوحة للمواطنين.

بذلك، فإنّه يمدد حمايته لاستقلالية الإدارة عضويا وتنظيميا، ويتجاوزه اعتبارها مجرّد "تنظيم داخلي"، ولهذا، فإنّنا نجد تنظيم السلطة السلمية يتم بواسطة قواعد تشريعية، كما هو الحال في قانوني البلدية والولاية، وبواسطة قواعد تنظيمية، كما بالنسبة للإدارة المركزية والهيئات العمومية.

وقد اقتضى تأسيس وحماية مجال السلطة السلمية من المجلس الدستوري التمييز بين الحكومة والإدارة، رغم ما رأيناه في الباب الأول من الفصل الأول، من وحدتها ونسبية ذلك التمييز، سواء من الناحية القانونية المحضة، او من حيث الممارسة الإدارية.

وقد سبق لنا، وأن أكدنا على أنّ مفهوم (مبدأ الفصل بين السلطات) هو مفهوم وظيفي une notion fonctionnelle، وكذلك فكرة التمييز فهي مفهوم وظيفي أيضا، توظف بهدف استقلالية السلطة الإدارية وأنّنا نجد كثيرا من النصوص التنظيمية المنظمة للإدارة العمومية، وخاصة ما تعلق بإدارة الدولة تحرص على ضمانة ممارسة السلطة الرئاسية، حيث ان المرسوم التنفيذي رقم 90-188 المنظم

---

[1] Chapus, droit administratif général, Edition Montchrestien, 1995.
[2] Ndam, la notion administration publique.

للإدارات المركزية للوزارات تمنح السلطة الرئاسية للأمين العام لوزارة[1]، حيث تنص المادة 14 على أنّه: «(...) ويمارس التسلسل السلمي المباشر على هياكل الوزارة»، بما يؤكد على وجود أثر لذلك التصور سواء لدى السلطة التنفيذية من خلال المرسوم وكذا لدى القاضي الاداري، ويجعلنا نقول أنّ هذه الضمانة والتأسيس من قبل المجلس الدستوري هي دسترة لذلك التصور الموجود لدى الإدارة والقاضي.

والحقيقة أن غياب النص على الرقابة الإدارية في صلب النص الدستوري، تعلق، خصوصا، بالرقابة الوصائية، قياسا، على النموذج الفرنسي[2]، وكذا الدستور المغربي[3]، والتونسي.

وقد اضطر المجلس الدستوري الفرنسي الى التذكير بضرورة ممارسة امتياز الرقابة، فقد علّق الأستاذ Favoreu بان كتب: «ظهر لنا أن المجلس الدستوري أخذ على عاتقه التذكير الحازم بانّه من غير اللائق التصريح بأن قرارات السلطات المحلية تعتبر نافذة بقوة القانون قبل نقلها الى ممثل الدولة، فقد رأى (أي المجلس الدستوري) أنّ تلك الاحكام قد حرمت الدولة، وإن بشكل مؤقت، من وسيلة الممارسة امتيازات محفوظة له وفقا للمادة 3/72 من الدستور»[4][*]، بمناسبة اصلاح 1982 اللامركزية.

والحقيقة، فإن المجلس الدستوري الفرنسي أثار هذا الامتياز المنصوص عليه في المادة 3/72 من دستور 4 أكتوبر 1958، ولم تؤسسه من جديد، خلافا للنظام القانوني الجزائري، حيث يغيب الأساس الدستوري لامتياز الرقابة.

وقد أكد المجلس الدستوري على مبدأ الرقابة بشكل عام، خاصة بمناسبة قراره حول C.N.C.L[5] فقد ذكر في حيثيته ما يلي: «حيث أن، في إطار ممارسة اختصاصاتها، فاللجنة الوطنية للاتصال والحريات، ستكون كأي سلطة إدارية خاضعة لرقابة شرعية حيث يمكن أن تقيمها الحكومة التي تعد مسؤولة امام البرلمان على نشاطات الإدارة»[*].

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 97-01 المتعلق بالأمين العام للوزارة

[2] المادة 72-03 من دستور 04 أكتوبر 1958

[3] الفصل 145 ينص على: «أن الولاة والعمال ... يمارسون المراقبة الادارية».

[4] L. Favoreu, Renoux, le contentieux constitutionnel des actes administratifs, Edition Sirey, 1992, p47

[5] D.C.C.C n°86-217, C.N.C.L, in: «les grandes décision du conseil constitutionnel», Edition, année *****

[*] «Considérant que,…, dans l'exercice de ses compétences, la Commission nationale de la communication et des libertés sera, à l'instar de toute autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement de l'activité des administrations».

يتبين لنا أن الرقابة، سواء كانت رئاسية، أو وصائية، فهي تؤدي وظيفة أساسية وهي إقامة الشرعية وحمايتها، حيث أنّها لا تختلف في طبيعتها من جهة نظر الدستورية.

فبحمايتها للسلطة السلمية، وخاصة للسلطة الرقابية الرئاسية، يكون قد دعم وسيلة أساسية لاحترام الشرعية، فهو بذلك يمنح سلطات الدولة الإدارية بمكوناتها العضوية انطلاقا من رئيس الجمهورية الى الوزير الأول والوزير والوالي، ورئيس الدائرة، ورئيس المجلس الشعبي البلدي الوسيلة الفعالية لضمان ذلك، ويترتب عن ذلك احترام للهرمية القانونية، والنظام القانوني، بشكل عام.

ويبدو أنّ ذلك، يهدف، بالخصوص الى ضمان تماسك الإدارة العمومية التي هي شرط لاحترام النظام القانوني، فإنّه: "(...) يمكن التأكيد، بأنّه عند تواجد طبقات من السلطات، داخل الإدارات التقليدية، يتحكّم لك في قواعد القانون المتصلة"[1][*].

وللتأكيد على تلك الحماية التي تضمنها الرقابة الرئاسية، نسوّق المثال المتعلّق بسلطة حلول الوالي محل رئيس المجلس الشعبي البلدي فإنّه: "يمكن الواليأنيتخذبالنسبة لجميع بلديات الولاية أو بعضهاكل الإجراءات المتعلقة بالحفاظ على الأمن والنظافة والسكينة العمومية وديمومة المرفق العام عندما لا تقوم السلطات البلدية بذلك ولا سيما (...)" (المادة 100 من قانون 10/11)، وبشكل عام، فللوالي: "عندما يمتنع رئيس المجلس الشعبيالبلدي عن اتخاذ القرارات الموكّلة له بمقتضى القوانين والتنظيمات، يمكنللوالي، بعد إعذاره، أن يقوم تلقائيابهذا العمل مباشرة بعد انقضاء الآجال المحددة بموجبالإعذار" (المادة 101 من القانون 10/11)

نلاحظ أنّ الهدف من الرقابتين الرئاسية والوصائية يتعلّق باحترام الشرعية.

وقد اقتضى الامر من المجلس الدستوري الفرنسي رغم وجود الأساس في المادة 72 من الدستور تأكيدها، في حين أنّ الفراغ الدستوري في النظام الجزائري اضطر المشرّع الى محاولة سدّه بما يمكن وصفه بمحاولة دسترة.

فقد جاءت المبادرة من المشرع، بمناسبة تعديل قانوني البلدية والولاية، ليعوض غياب الاساس الدستوري للرقابة الوصائية على الجماعات الإقليمية، فقد نصت المادة 46 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية أن: «يتم الحل والتجديد الكلي للمجلس الشعبي البلدي: في حالة خرق أحكام دستورية»، وكذا المادة 59 التي تنص على أن: «تبطل بقوة القانون مداولات المجلس الشعبي البلدي: المتخذة خرقا

[1] Jacques Moreau, droit administratif, P.U.F, p527.

[*] الترجمة للطالب

للدستور غير المطابق للقوانين والتنظيمات»، وينطبق نفس الامر على قانون الولاية (رقم 07/12)، حيث نصت المادة 48 على أن: «يتم حل المجلس الشعبي الولائي وتجديده الكلي: في حالة خرق أحكام دستورية»، وكذا المادة 53 التي تنص على أن: «تبطل بقوة القانون مداولا المجلس الشعبي الولائي: المتخذة خرقا للدستور غير مطابقة للقوانين والتنظيمات».

يعتبر ذلك دسترة لرقابة الشرعية الواجبة الحضور في علاقة الدولة مع الجماعات الإقليمية حفاظا على وحدتها القانونية والتي تمر عبر احترام الدستور من الجميع بما فيها الجماعات الإقليمية، وإن إدراج الدستور في صلب رقابة الدولة سيخلق بلا شك زخما قانونيا جديدا في مقاربتنا للرقابة والتفاسير التي ستحدثها لدى السلطة الإدارية، وكذا السلطة القضائية المدعوة الى ذلك بحكم التشريع الجديد.

ورغم التوجه الى استقلالية الإدارة في إطار مبدأ اللامركزية، أو، في إطار الحكم الراشد، وما يترتب عنها من تخفيف الرقابة، وحتى الغائها، فتبقى الرقابة أمر يتعلق بممارسة السلطة لإقامة الشرعية، وكذلك ما تعلق بكون الرقابة تسمح للإدارة بالتقرير، وخاصة على ضوء مهامها في التخطيط، والضبط والاستشارة، فكما كتب الأستاذ Assmann: «أنّ هامش الاستقلالية والتقدير الذي تملكه الإدارة العمومية يجب أن تترافق مع نظام متماسك وكامل، بطريقة فعالة، من آليات الرقابة»[1*2].

ومما يبرز أهمية الرقابة هو إندراجها الضروري كآلية في التوجه الحالي لدولة القانون، وفقا للمدرسة المعيارية الطاغية تصوراتها على المشهد القانوني الحالي، وقد كتب الأستاذ Bechillon أن: «بروز دولة القانون، يتضمن أثرا (...) مهما، ألا وهو الاندماج الهرمي لوظائف الرقابة»[3*]، ونرى أن ذلك الاندماج الذي يتحدث عنه Bechillon لا يمكن تصوره إلا نتيجة للآثار المرتبطة بتفعيل الدستور عبر قنوات الرقابة.

وتأكيد لهذه الفكرة التي تندرج في إطار الهرمية المعيارية السائدة فإنّ الأستاذ legand يرى أنّ السلطة الهرمية لا تمثّل منفصلة فهي: "تمثل عنصرا –وهو الأخير في السلسلة–لسيرورة خلق وتدقيق مستمر للقانون"[4*].

---

[1] Assmann, Eberhard, op.cit. p443.

[*] «La marge d'autonomie et d'appréciation dont dispose l'administration publique doit, d'une maniéré pertinente, être accompagnée d'un system cohérant et complet de mécanisme de contrôle»

[3] Bechillon, Les mentions relatives, p240.

[*] «Les surgissement de l'état de droit comporte une autre conséquence, tout aussi notable, l'insertion hiérarchique des fonctions de contrôle»

[4] Legrand, op.cit. p68.

وكذلك، فإنّ سلطة الضبط الإداري تندمج في إطار الهرمية، فقد اعتبرت: "قواعد إسهام هيئات الضبط، ليست إلا تطبيقا محضا وبسيطا لمبدأ هرمية الأعمال الإدارية"[1].

والحقيقة، أنّ الأستاذ carré de malberg، قد أقام الصلة بين السلطة الهرمية والدستور، عبر الوظيفة التنفيذية، فقد عرف السلطة الهرمية بأنّها: "تعرف بهدفها: فهي ممنوحة للإدارات العمومية العليا لتحقيق وظيفتها الدستورية: تطبيق القوانين وامور أخرى"[2].

وقد لاحظنا أنّضرورة الرقابة قد انبثقت من حتمية دستورية عبر اجتهاد المجلس، لقد عمل المجلس الدستوري على تقوية المركز الدستوري للإدارة حيث أسس لامتيازات السلطة التنفيذية خاصة ما رأيناه، من حماية الامتيازات لتفعيل الوظيفة التنفيذية كمطلب دستوري، ولحقيق ذلك المتطلب من "واجب التنفيذ" الذي يقع على عاتق السلطة "الإدارية–التنفيذية"[3]، منح المجلس لمكانة دستورية لمبدأ الاستمرارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: مبدا الاستمرارية كامتياز للسلطة التنفيذية

اكتسب مبدأ الاستمرارية، في النظام القانوني الجزائري مكانة متعاظمة انتهى بتكريسه كمبدأ دستوري ليوظف كامتياز لصالح السلطة "الإدارية–التنفيذية" أساسا(1)، حيث أقرت أحكاما لضمانه(2).

(1) تطورت مكانة المبدأ القانونية، حيث عُدّ كمبدأ من مبادئ سير المرفق العام، والذي تجسد في معظم النصوص المؤسسة والمنظمة للمرافق العامة، وكل الادارات، وكذلك السلطات الإدارية المستقلة، وقد استعمله القاضي الإداري في كثير من قراراته الخاصة فيما تعلق كل منها بالإضرابات حيث أثاره في مواجهة هذا الحق[4].

وقد كرسه رجال القانون الجزائريين[5]، كمبدأ انطلاقا من النصوص التشريعي، الى جانب المبادئ الأخرى للمرفق العام.

---

* «Il constitue un élément -le dernier de la chaine- du processus d'élaboration et de précision progressives du droit».

[1] F. Lachaume, la hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public, L.G.D.J, 1966, p39.

[2] Carré de malberg, contribution à la théorie, op.cit. Tome I.

[3] Expression de l'Arti de …………de……………in "Mélanges drago"

[4] زنيبع علي، حق الاضراب، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

[5] بوسماح محمد أمين، المرفق العام في الجزائر.

لم يثر التساؤل حول طبيعته ومكانته كمبدأ، هل هو مبدأ عام للقانون؟ أم هو ذو طبيعة تشريعية؟ وإن أصبح الأمر محسوما لكونه ذو طبيعة تشريعية، فهل يكتسب الطابع الدستوري؟

والحقيقة، أنّ تسارع الأحداث السياسية والقانونية، دفعت المبدأ الى التحول الى سواء مضمونة، أو في مكانته، حيث تحول الى مبدأ دستوري لاستمرارية الدولة.

وقد كان النقاش حول أساسه الدستوري في النظام الفرنسي، مدعاة لنقاش واسع بين رجال القانون حيث رأى الأستاذ Markus في دراسته العميقة أنّه لا يمكن ربطه بأي أساس دستوري[1]، رغم ما حاوله Vedel من ربطه بالمادة 05 و16 من الدستور[2]، وهو (أي Markus) يرى أنه مبدأ unprincipe immanent، مؤيدا للإستاد هوريو الذي اعتبر مبدأ الاستمرارية: "أحد الشروط الأساسية لوجود الدولة (...) أكثر أساسية من القواعد الوضعية للدستور المكتوب"، في تعليقه على قرار Winckel.

وقد تطوّر مضمون مبدأ الاستمرارية وتكثّف سواء، من الناحية الدستوري، وكذا تأثر الاجتهاد القضائي بذلك ليجعل رجال القانون بتناوله، من عدّة زوايا، ولعل أهمها ما تعلّق بوظائف المبدأ حيث كتب Gicquel أنّ: "مبدأ استمرارية الدولة يندرج في أفق مزدوج: ضمان ديمومة الحياة الوطنية، من أجل ضمان الحقوق وحريات الأشخاص"[3].

كانت دسترة مبدأ الاستمرارية نتيجة لعدة نصوص واجتهادات، وفي مدة قصيرة، فقد بادر المجلس الدستوري بذلك الاجتهاد، وليغلق النقاش نهائيا وبتكريس اجتهاده وفرض تفسير له.

وقد كانت البداية في الاعتراف بوجوده، بمناسبة رأيين يبدوان هامشيين يتعلقان بتأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية البلدية[4]، والولائية[5]. ففي رأيه الأول والذي اعتبر التأجيل يستجيب لحرية المواطنين في اختيار ممثليهم، والذي لم يمدد الفترة النيابية لتنافيها مع الطابع الالزامي للعهدة، فقد اعتبر المجلس الدستوري: «بأنه من الضروري تسيير الشؤون البلدية خلال فترة التأجيل والتي يختص القانون بتحديد كيفيات بذلك» فهذه الحيثية التي ابتكرها المجلس حيث لم يستند لأي مادة دستورية، تعد بداية التأسيس لمبدأ الاستمرارية، فما تلاحظه أن المجلس لم يورد إصلاحات استمرارية، بل استعمل جملة:

---

[1] Vedel, Jean-Paul Markus, La continuité de l'État en droit public interne, R.D.P. n°4. 1999, p1081

[2] Vedel, Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p647.

[3] Gicquel Jean, sur la continuité de l'état in : au carrefour des droits mélanges l'honneur de louis dubouis, Dalloz.

[4] من نفس الصفحة 1084، فهي منقولة من المقال نفسه.

[5] قرار سبق ذكره.

«من الضروري تسيير شؤون البلدية» فالأمر يتعلق بالضرورة وهو مصطلح أكثر قوة[1]، ويمكن القول أن ذلك يعد أساسا لمبدأ الاستمرارية فهما مبدآن متلازمان، وبالتالي، فإن مضمون الاستمرارية موجود ضمنيا في هاته الحيثية في صيغة مجردة وان لم يكرس شكلا واصطلاحا ويمكن تفسير ذلك التردد من المجلس في وضع الاصطلاح، ورده الى سياسته المستقرة على التمسك بالاصطلاحات الدستورية، والابتعاد عن خلق الاصطلاحات الجديدة.

حسم المجلس الدستوري المسألة في طبيعته ومكانته القانونية، حيث كيّفه ضمنيّا أنه مبدأ ذو طبيعة دستورية، وسندنا في ذلك الجزء من الحيثية المذكورة والتي يذكر فيها أنّ: "(...) يختص القانون بتحديد كيفية ذلك" نستنتج ذلك من وظيفة القانون كما حددها المجلس الدستوري في مجموع آرائه وقراراته، الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون على: "اعتبار أن دور القانون هو تطبيق المبدأ الدستوري بالنص على إجراءات وكيفيات ممارسته (...)"[2].

وأمّا في رأيه الثاني، فقد اعتبر المجلس الدستوري أن قانون 05 ديسمبر 1989 المصادق عليه من المجلس الشعبي الوطني المتضمن تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية الولائية لا يحتوي على تمديد الفترة النيابية المتنافي مع الطابع الالزامي لمدة الفترة النيابية، وهو قضى، لنفس الأسباب أنه: "مطابق للدستور في جميع احكامه" وهكذا، فهو يؤكد على مكانته الدستوري.

والحقيقة، أن النص الصريح على مبدأ استمرارية الدولة جاء نتيجة لأزمة جانفي 1992 والذي أعقب استقالة رئيس الجمهورية وتأسيس المجلس الأعلى للدولة[3].

برز اصطلاح استمرارية في بيان المجلس الدستوري[4]، حيث أنّه: «يصرح أنّه يتعين على المؤسسات لمخولة بالسلطات الدستورية المنصوص عليها في المواد 24[5] و75[6] و79[7] و129[8] و130[9]

---

[1] سبق لنا تناول هذه النقطة في الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الأول.

[2] جزء من حيثية من رأي رقم 01/المتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور

[3] Boussoumah, (Med) les parenthèses

[4] بيان المجلس الدستوري الصادر بتاريخ 11 جانفي 1992.

[5] المادة 24: «تتمثل المهمة الدائمة للجيش الوطني الشعبي في المحافظة على الاستقلال الوطني، والدفاع عن السيادة الوطنية»

[6] المادة 75: «يقدم رئيس الحكومة أعضاء حكومته الذين اختارهم لرئيس الجمهورية الذي يعينهم«

[7] المادة 79: «ينفذ رئيس الحكومة وينسق البرنامج الذي يوافق عليه المجلس الشعبي الوطني»

[8] المادة: 129 «السلطة القضائية مستقلة»

[9] المادة: 130 «تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية»

و153[1] من الدستور أن تسهر على استمرارية الدولة وتوفير الشروط الضرورة للسير العادي للمؤسسات والنظام الدستوري».

وقد وجد المبدأ صدى له لدى صدور بيان المجلس الاعلى للأمن بتاريخ 14 جانفي 1992[2]، حيث تبناه لملأ شغور رئاسة الجمهورية وليؤسس المجلس الأعلى للدولة فقد استند الى إن: «استمرارية الدولة تقتضي سد الفراغ في رئاسة الجمهورية...».

حيث يمكن التأكيد على أنّ هاته الاستمرارية، قد تمّت قس ظل ما كيّفه الأستاذ **بوسماح** بـ: "الوضع بين قوسين السلطات العمومية الدستورية"[3]، بما يُعدّ قطيعة دستورية حيث أنّ: "الحكومة المؤقتة، الحكومة الفعلية (...) عادة ما تبقى"[4]، حيث سُجّل: "غياب الاستمرارية الدستورية"[5]

لقد كانت الأحداث التي أعقبت استقالة رئيس الجمهورية تأثير على تفكير الحكام فيما يتعلق بمكانة الدولة ووجودها الذي هددته الظاهرة الإرهابية، ففي إطار مشاوراته اول الدستور مع الطبقة السياسية، جاء من بين الاقتراحات[6]، أنّه: «يمكن لرئيس الجمهورية ان يشرع لأوامر في بعض الوضعيات، وفي كل الظروف، لضمان استمرارية الدولة وسير مؤسساتها» (النقطة 25)، وقد كان الرد بأن اعتبرت: «وسيلة أساسية لحماية استمرارية الدولة وديمومة عملها»[7][*].

وقد كان التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 فرصة لتكريسها بالنص عليها في صلب النص الدستوري،حيث جاء ذلك في نص القسم الدستوري لرئيس الجمهورية حيث أنّه يقسم: «واسهر على استمرارية الدولة، (......................)»، ومهما يكن، فإن التنصيص الشكلي المدرج في القسم لا يظهر مكانته وقيمته التي اعتبرها بعض رجال القانون الفرنسيين أنّه يملك "قيمة فوق-دستورية" valeur

---

[1] المادة: 153 «يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور»

[2] المنشور في جريدة المجاهد بتاريخ 15 جانفي 1992.

« Le Haut conseil de sécurité …. Considérant de déclaration du conseil constitutionnel selon quelle la constitution prévoit pas le cas de conjonction (…) »

«Que la situation exceptionnelle (…) ne saurait perdurer sans risques graves pour l'État et la République».

«Que la continuité de l'État exige de pallier la vacance de la présidence»

[3] Boussoumah, La parenthese des pouvoirs publics constitutionnels de 1992 à 1998, O.P.U, 2005.

[4] نفس المرجع

[5] Jean Jacques Lavenue, le haut comité d'état algérien : une institution de fait à la marge de la constitution, p 1003.

[6] Boussoumah, op.cit., p302

[7] Op.cit., p321

[*]

supra constitutionnelle، وهو رأي الأستاذ Markus[1] معتمدا على تعليق الأستاذ Waline على قرار Dehaene[2]، عندما اعتبر أنّ مبدأ الاستمرارية يقع: «فوق القوانين المكتوبة، بل، وحتى الدستورية»، بل أنّ العميد **هوريو**hauriou في تعليقه على قرار winchel اعتبر مبدأ الاستمرارية أحد: «الشروط الضرورية لوجود الدولة، (...) أكثر أساسية من قواعد الدستور المكتوب»[3].

حيث أنّ القاضي الإداري الفرنسي أناط الى السلطة التنفيذية أن تسهر على تسيير المرافق العامة، في كل الظروف Heyriès[4]، حيث أنّ حق الإضراب يجب أن يوفق مع استمرارية الحياة الوطنية(7Winkell أوت 1909).

وقد اتخذ المبدأ في النظام الجزائري مسارا مختلفا لدسترته، وايراد الضمانات له.

وجاء التأكيد على المبدأ من المجلس الدستوري، حيث اجتهد بناءً على وجوده، فهو لم يؤسسه على مادة دستورية، بل استنتجه، واعتبره مبدأ موجود ضمنيا ورتّب عله آثارا فيما يتعلق بالدولة، ففي رأيه حول القانون العضوي المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة[5]، اعتبر: "(...) أن المؤسس الدستوري حين أوكل مهمة رئاسة الدولة بالنيابة ورئاسة الدولة لرئيس مجلس الأمة حسب الشروط المقررة في الفقرتين 2 و6 من المادة 88 من الدستور، وطالما أن المؤسس الدستوري لم ينص على حالة حل مجلس الأمة، فإنه يقصد بذلك وضع ضمانات تكفل لمؤسسات الدولة الديمومة والاستمرارية"، وقد كان بالإمكان تأسيس المبدأ انطلاقا من المادة 57 من الدستور: "الحق في الإضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون، يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذاالحقّ،أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدّفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع"، فمضمون الفقرة الثانية يورد قيدا على ممارسة حق الاضراب المعترف به في الفقرة الأولى، فتقييد الاضراب هو لصالح الاستمرارية، فهو مبدا دستوري يقيد مبدأ دستوري آخر وقد دستر المجلس الدستوري الفرنسي الاستمرارية، الغائبة عن الاحكام الدستورية والتشريعية انطلاقا من ديباجة الدستور 46 في قراره حول الاضراب في الراديو والتلفزة[6]، والذي كرسه ودعمه قرار

---

[1] Jean-Paul Markus, La continuité de l'État en droit public interne, R.D.P. n°4. 1999, p1078.
[2] C.E, Dehaene, in "G.A.J.A", edition (15°)m 1995m p**********
[3] Ibidem, p1084.
[4] C.E, 28 juin 1919, Heyriès, G.A.J.A.
[5] الرأي رقم 08/ر.ق.ع/99 مؤرخ في 5 ذي القعدة 1419 الموافق 21 فبراير 1999، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس
[6] D.C.C n° 79-150 du 25 juillet 1979

الحد الأدنى للخدمة service minimum[1]، وبنفس المنطق حيث ذكر في جزء من الحيثية العاشرة (10) من القرار[2]، أن: «(...) الاعتراف بحق الاضراب لا يحول دون سلطة المشرع في ايراد التقييدات الضرورية لأجل ضمان استمرارية المرفق العام (...) الذي يكتسي طابع المبدأ ذو القيمة الدستورية.»[*]، وقد كتب الأستاذ Vedel، في محاولة لتأسيس المبدأ أن: «كل من المادة 5 من الدستور التي تضع استمرارية الدولة من بين الاهداف الموكلة للوظيفة الرئاسية، وكذا قوانين الجمهورية حيث تعد استمرارية المرافق العامة مبدأ أساسيا فعالا (...)»[3]، واعتقد أن تصور استمرارية الدولة تتمايز في النظام الجزائري فلم يقم المجلس الدستوري بإقامة اية رابطة بين المبدأين: استمرارية الدولة واستمرارية المرفق العام.

على خلاف الامر في النظام الفرنسي حيث يرى الفقه أنّ: «مبدااستمراريةالمرفقالعامهوالوحيد المعترف به من قبل المجلس الدستوري، بدون ربطه بأية حكم ستوري دقيق وهو الذي يملك نظاما خاصا، يستمد من استمرارية الدولة»[4]*.

ومنح الدستور المغربي لسنة 2011 هذه المهمة للملك فهو: «ضامن دوام الدولة واستمراريتها» (المادة 42)، ونجد نفس الحكم في الدستور التونسي حيث أنّ رئيس الجمهورية يعود له كرئيس للدولة أن: «(...) يضمن استقلالها واستمراريتها...».

مهما يكن يكرس الاجتهاد المبدأ دستوريا ويمنحه قوة قانونية، حيث يؤدي وظيفة قانونية، إن تبوء مبدا الاستمرارية لهذه القيمة الدستورية المتعاظمة، لا ينبع من اعتبارات مبدئية مستقلة، فبروزه كمبدأ مستقل في تفسير المجلس الدستوري يبدو مستغربا فلم يظهر التبرير بقوة ووضوح وكاد يغيب عن اجتهاد المجلس، ولكن النصوص التشريعية، تقيم الصلة بينهما بشكل واضح.

فهو قد حسم الامر فيما يتعلق بمالكه فقط: وهي السلطة التنفيذية بامتياز، حيث أوردها كل الضمانات، فهو يكرسها كامتياز إضافي من امتيازات السلطة العامة لصالح السلطة التنفيذية.

ومهما يكن، فقد حاول المجلس تبرير ذلك الامتياز، وإن كان بطريقة غير صريحة، واكتفى بإعطاء إشارات.

---

[1] D.C.C n° 2007-556, service minimum in " les grands des décisions du conseil constitutionnel", p397.

[2] Op.cit., p398.

[*] الترجمة للطالب

[3] Vedel, remarque sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p667.

[4] Ouled boubant, R.F.D.A, n°3, année 2013

فقد أكد المجلس الدستوري على ذلك وأسّسه في رأيه حول تأجيل تجديد المجالس المنتخبة، فقد اعتبر: «بأن مهمة الهيئة المنصوص عليها في القانون موضوع الإخطار تستجيب لهذا الغرض، وتتمثل في مجلس بلدي مؤقت معين، ...، من بينهم رئيس» (المادة 02 من القانون 89-17 بتاريخ 11 ديسمبر 1989 يتضمن تأجيل الانتخابات لتجديد المجالس الشعبية البلدية)، و: «يكلف المجلس البلدي المؤقت بتنفيذ القوانين والأنظمة» (المادة 1/3) وكذا: «السير الحسن لمصالح البلدية» (المادة4/4)، وكذلك، بالنسبة للولاية حيث اعتبر المجلس الدستور أن: «صلاحيات المجلس الشعبي البلدي والولائي تمارس خلال فترة التأجيل من طرف المجلس التنفيذي للولاية المكلف عادة بتنفيذ مقررات المجلس الشعبي الولائي».

وهكذا، نستنتج ارتباط امتياز الاستمرارية بالوظيفة التنفيذية أساسا، حيث رأى المجلس أن تأسيس هاتين الهيئتين يرتبط بمهمة التنفيذ، وأنّه موكل الى هيئة ذات طابع تنفيذي واداري، بما يضمن حماية مبدأ الانتخاب واستقلالية الهيئة المحلية، حيث لا يمكن لهاتين الهيئتين التداول والحلول محل المجالس المنتخبة، فمنح هذا الامتياز يهدف لضمان دستورية أعمال الادارة الإقليمية، وحسن سيرها، فالمجلس اجتهد على أساس التوفيق بين مبدا الاستمرارية ومبدأ اللامركزية. ويصح القول بكونه مفهوم وظيفي، حيث يصلح كامتياز للسلطة التنفيذية يؤدي الى تجسيد "الوظيفة التنفيذية" بواسطة السلطة "التنفيذية-الادارية"، فهو يُسهم في فعالية السلطة الإدارية.

وفي الحقيقة، أن مسألة الاستمرارية شكّلت همّا دائما حيث كتب Julliard أنّه: يجب تجنب عرقلة الديمومة الضرورية للوظيفة التنفيذية، وكذا السلطة التنفيذية»[1]*.

والحقيقة أنّه وإن كانت السلطة التنفيذية، المستفيد الأساسي، فإنّ مبدأ الاستمرارية ينصرف الى كل مؤسسات الدولة باجتهاد المجلس الدستوري حين اعتبر، في رأي رقم 08 لـ21 فبراير 1999[2]: "(...) أنّ المؤسس الدستوري لم ينص على حالة جل مجلس الأمة، فإنّه يقصد بذلك وضع ضمانات تكفل لمؤسسات الدولة الديمومة والاستمرارية"، فالأمر يتعلّق باستمرارية نوع من التمثيل في شقه البرلماني.

ويمكننا أن نستنتج أنّ المؤسسات المذكورة في بيان المجلس الدستوري لـ 11 جانفي 1992 مكلّفة بضمان استمرارية الدولة، وهي تتعلّق أساسا بالحكومة والسلطة القضائية، والجيش الوطني الشعبي.

[1] Julliard, La Continuité du pouvoir exécutif, in "mélanges Burdeau, 1977"

[2] رأي رقم 08 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الامة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما والحكومة.

وباستثناء هذه الاجتهادات التي وضعا المجلس الدستوري، فإننا لم نكد نعثر على آثار لهذا التصور للمبدأ، رغم الفرص الكثيرة التي توفرت بحكم سلسلة الإصلاحات التي تعرضت لها المرافق العمومية الكبرى، فلم يخطر المجلس عن الدستورية أي نص رغم مساسه بالكثير من المفاهيم الأساسية سواء من حيث المرافق العامة وخوصصتها وكذا الآثار المترتبة على مبادئها وخاصة مبدا الاستمرارية، قياسا على الحركية التي أحدثتها في النظام الفرنسي، عند تحويل الطبيعة القانونية لـ EDF وGDF الى شركة مساهمة، فقد اخطر المجلس الدستوري حول اثر ذلك على مبدأ استمرارية المرفق العام[1]، وكذا الامر في النظام القانوني المغربي حول دستورية حق الاضراب في الوظيف العمومي[2]، وعموما، ويمكن التأكيد على ان القانون 90-02 المنظم للإضراب وفّق في التوفيق بين متطلبات الاستمرارية الضامنة للمرفق العام وممارسة حق الاضراب الدستوري، وكذا النصوص المتعلقة بتسيير وخوصصة المرافق العامة (كالأمر المتعلق بالمؤسسات الصادرة في2001)، حيث تنص المادة 16 منه على تكفّل الدولة بضمان استمرارية الخدمة العمومية، في حال الخوصصة.

(2) وقد رتّب المؤسس الدستوري أحكاما يتعلق بالاستمرارية لضمانها حيث: "تستمر الحكومة القائمة في تسيير الشؤون العادة، الى غاية انتخاب المجلس الشعبي الوطني (...)" (الفقرة 2 من المادة 82 من الدستور)، وكذلك في حالة "إذا لم تحصل من جديد على موافقة المجلس الشعبي الوطني وجوبا»، كذا ما تعلق بإصدار رئيس الجمهورية لقانون المالية بأمر في حالة عدم المصادقة عليه في الآجال المحددة (المادة 8/120 من الدستور)، حيث أنّ ذلك يؤدي الى ضمان تمويل المرافق العمومية بما يذكرنا بإقرار مبدأ استمرارية الحياة الوطنية من قبل المجلس الدستوري الفرنسي في قراره "قانون المالية لسنة 1980"[3].

إن اعتبار مبدأ الاستمرارية مفهوم وظيفي، وكامتياز سلطة عامة تهدف الى تحقيق الوظيفة التنفيذية، التي هي في آخر المطاف تجسيد للدستور، وتصلح المادة 57، لمعرفة مبرر هذا الامتياز، كما تصلح لتأسيسه كما رأينا.

---

[1] Décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004. Loi relatif au service public de l'électricité et du gazières.

[2]Note sous T.A. Meknes, 02 Juil 2001, chibane, la constitutionnalité du grève dans la fonction public in: "contribution à la doctrine du droit constitutionnel marocain" (dir), M.A. Benabdellah, 1ere édition, 2005, p227.

[3] D.C N°79. La loi de finance 1980, in: G.D.C.C, Edition, 1995.

وقياسا على منطق اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي في التوفيق بين حق الاضراب والهدف ذو القيمة الدستورية لاستمرارية المرافق العامة[1]، فيمكن الاستناد الى الحدود الدستورية المتضمنة في المادة 57 أن نكتشف أسس كافية تبرر قوة المركز القانوني الذي اكتسبه بنوع من التأسيس الضئيل، كما رأينا.

تعدّ التقييدات والحدود الدستورية المذكورة في المادة 57 المبرر والمؤسس لهذا الامتياز، فهي تتعلق بميادين متعددة، وفقا لأهميتها، وتتعلق بـ: «ميادين الدفاع الوطني والأمن»، خصوصا وكقاعدة عامة: «جميع الخدمات او الاعمال ذات المنفعة الحيوية للمجتمع» فطبقا لهذه المادة، منح المؤسس الدستوري، سلطة تقديرية للمشرع لمنع الاضطراب أو تحديده بالنظر لحساسية وأهمية هذه المواضيع والمجالات فهي تغطي النواة الصلبة للإدارة، وخاصة من منظور سبق وان تناولناه في الباب الأول.

فحماية ميادين الدفاع الوطني والأمن هو حماية لامتيازات السلطة العامة، كوسائل تضمن استمرارية الدولة وتعد كأنّها الضمانة القصوى لاستمرارية للدولة.

ونستنتج، أنّ مبدأ الاستمرارية متلازم، وإن لم يكن محايثا لمبدأ الهرمية، كما رأيناه في مثال سلطة حلول الوالي محل رئيس المجلس الشعبي البلدي، حيث أنّ مضمون المواد: 100 و101 يربط بين المبادئ أي: الاستمرارية والهرمية والضبط الإداري، حيث أنّ استعمال السلطة الهرمية للوالي انصبت فيه سلطة الحلول على ميدان الضبط الإداري بالأولوية، نظرا لكونه الأداة الأساسية والضرورية لإعمال مبدا الهرمية.

وقد نظّم المؤسس الدستوري، أحكام حالتي الطوارئ والحصار في المادة 91 من الدستور، حيث يقررها رئيس الجمهورية "(...) إذا دعت الضرورة (...)"، كأثر ونتيجة لمبدأ الاستمرارية.

تسمح الصياغة الموسعة للمادة 57 بتقليص مدى حق الاضراب، وبالمقابل تسهم في تقوية وتوسيع التقييدات الواردة عليه، وخاصة انطلاق من شطر الجملة: « جميع الخدمات او الاعمال ذات المنفعة الحيوية للمجتمع»، والحقيقة، أن هذا الأساس الدستوري، قد يكون حجة ومبررا لتعضيد حجج المتقاضين من مستعملي المرافق العامة، وخاصة السلطة الإدارية للاستناد اليها، سواء باستعمال المباشر لسلطتها الإدارية، وباستعمال كوسائل قانونية تدعم حججها امام القاضي الإداري، والذي تدعوه بحكم مهمته الدستورية الي ضمان استمرارية المرفق العام، على غرار اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قراره federation forcesouvrière énergie mines[2] حيث كتب المعلق أنّ: "... قرار المجلس،

[1] l'objectif à valeur constitutionnelle de continuité de service public, R.
[2] C.E.ass, 12 avril 2013, force oeuvriére energie et mines, R.F.D.A, n°3, p669.

(F.O.M.E) يؤكد توسيع أسباب تقييد حق الاضراب الى ضرورة تلبية الحاجات الأساسية للبلد"، وقد يمكن توسيع الأسس لمبدا الاستمرارية باستناد الى المادة 91 من الدستور التي تسمح أن: "يقرّر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحّة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدّة معيّنة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدّستوري، ويتخذ كل التّدابير اللاّزمة لاستتباب الوضع».

ومهما يكن فقد استعمل المبدأ من قبل السلطة التنفيذية، وكذا من قبل القاضي الإداري بشكل متزايد في المدة الأخيرة، فقد استند المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المعلن لحالة الطوارئ على المبدأ.

يربط مرسوم حالة الطوارئ بين الضبط الإداري واستمرارية المرافق العامة حيث تنص المادة الثانية منه على أنّ: "تهدف حالة الطوارئ الى استتباب النظام العام وضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات، وتأمين السير الحسن للمصالح العمومية"، فبذلك يمكننا أن نستنتج أن الضبط الإداري أحد أسس مبدأ استمرارية المرافق العامة، ففي الظروف الاستثنائية تسعى الدولة الى حماية وجودها فيهدف الضبط الى حماية الدولة، ويعد الضبط المبرر لوجوده كوسيلة لاستمرارية الدولة.

وقد نص المرسوم على خرق مبدا الانتخاب إذا تعارض مع مبدأ الاستمرارية، وتستند في ذلك الى ما تنص عليه المادة 08 حيث تنص على أنّه: "عندما يعطل العمل الشرعي للسلطات العمومية أو يعرقل بتصرفات عائقة مثبتة أو معارضة تعلنها مجالس محلية أو هيئات تنفيذية بلدية، تتخذ الحكومة عند الاقتضاء، التدابير التي من شأنها تعليق نشاطها أوحلها"، فاحترام الشرعية قد يقتضي خرق مبدأ الانتخاب، وخاصة استمرار النشاط، فمبدأ الاستمرارية يتماهى في حالة الضرورة، مع مبدأ الشرعية، وتظهر كامتياز لصالح الشرعية ولضمان تلك الاستمرارية، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 08 على أنّ: "(...) تقوم السلطة الوصية بتعيين مندوبيات تنفيذية على مستوى الجماعات الإقليمية المعنية الى أن تجدد هذه الأخيرة عن طريق الانتخاب".

وقد استعمل القاضي الإداري، المبدألتقييد مبدأ الاضراب، بالاستناد الى مبدأ استمرارية المرفق العام، بدون استناد الى نص تشريعي، فهل يمكننا القول بانه مبدأ عام للقانون؟ نرى أنّه، رغم اكتساب المبدأ لطبيعة تشريعية لكثير من النصوص، ولعل أهمها ما تعلق بقطاع الاتصالات[1]، فإننا نميل الى تكييفه بالمبدأ الدستوري، حيث لا يرد على المبدأ الدستوري الا لمبدأ يكافئه في القيمة ومهما يكن فقد رأينا أن القاضي الإداري يستعمل المعايير الدستورية مباشرة او بطريقة غير مباشرة، وقد رأينا أنّ القاضي

---

[1] المادة 70 من قانون المالية لسنة 2015 المعدل للقانون رقم 03/2000، المتعلق بالبريد والمواصلات.

الإداري، في قضيته "عثمان محمد" الذي قضى فيها بإلغاء قرار إداري بعد سبعة وعشرون سنة (27) يبرز لنا تمكّن مبدأ استمرارية الدولة من تفكير القاضي، بما يمكن لنا تكييفه على أنّه مبدأ عام للقانون، وإن كان ، يمكن تكييفه بالمبدأ الدستوري حيث كان استند الى فكرة النظام العام الجديد" المرتبط بمبدأ الدستورية حيث تمّ اعماله بفعالية، وقد كان القاضي الإداري يعتبره مبدأ عاما للقانون حيث أنّ قاضي الغرفة الإدارية لمجلس قسنطينة قضى بـ: "(...) أنّه إذا كان الاختصاص بالنظام والأمن يعود الى السلطة التقديرية للإدارة فإن هذه السلطة لا تمارس إلا بمقتضى نص صريح أو بمقتضى المبدأ العام الذي يحمّل الدولة ضمان السير الحسن للمرافق العامة".

ويمكن، تكييفه، بالنظر لاجتهاد القاضي الإداري في هذه القضية على انه مبدأ يفوق الدستور supra constitutionnelle، وبالتالي يمكن القول بتكييف المبدأ بالمبدأ الدستوري، ولما استقر عليه القضاء، ومن دسترة المبادئ العامة للقانون[1].

والحقيقة، أنّ قرار محمد عثمان رتب نتيجة مهمة هي تحمل الدولة لآثار أعمالها، مهما كان النظام السياسي وتعاقب الحكومات، من حيث شرعيتها، وخاصة ما تعلّق بمسؤوليتها.

يمكن القول، أنّ المبدأ، وان كان امتيازا للسلطة العامة، فهو أداة لحماية الحقوق والحريات، بما أظهره اجتهاد الغرفة الإدارية للمحكمة الإدارية، فمبدأ السلامة القانونية sécurité juridique أحد آثاره.

وأمّا من الناحية الدستورية، فإنّه يمكننا أن نستنتج من بيان 11 جانفي 1962 أن مبدأ الاستمرارية مرتبط، وله وظيفة حماية الحقوق والحريات حيث ذكر واستند الى المادة 130 من الدستور التي تنص على "ان تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات (...)"

نستخلص أنّ المبدأ قد تحول الى امتياز يبرر لامتيازات أخرى تهدف الى منح الإدارة فعالية، تتماهى مع السلطة الإدارة واهميتها، كما كانت دائما في مخيال الخاضعين لها وكذلك في التصورات النظرية، حيث، نص أنّ المادة 57 يحيلنا الى نواة هذا الامتيازات والسلطات وهو ما تعلق: "بميادين الدفاع والامن" بمفهوم الأستاذ E.Picard في اطروحته حول "مفهوم الضبط الاداري"[2] "كنواة لامتيازات السلطة العمومية"، وخاصة ما تعلق بـ "الإكراه العمومي" (الفرع الثاني).

---

[1] Mahiou, la constitution les P.G.D. op.cit.
[2] E. Picard, La notion de police administrative.

الفرع الثاني: الأساس الدستوري للإكراه

تطرح مسالة تنفيذ القرار الإداري عن طريق الاكراه فيما يتعلق بوجوده الدستوري كمفهوم (الفقرة الأولى)، وبدسترة نظامه القانوني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوجود الدستوري للمفهوم

لا نكاد نجد في الاصطلاح الدستوري وجودا لمفهوم الاكراه عموما، وفكرة التنفيذ المباشر خصوصا، فهو غامض، ودسترته تبدو "جنينية" (1)، ويتمظهر، خصوصا في حالات الظروف الاستثنائية (2).

(1) والحقيقة أنّ مفهوم الاكراه يستغرق أوضاعا متنوعة، وبالتالي فيصعب تعريفه فـ: «(...) مفهوم الاكراه، عندما لا يخصص، يشمل مجموع الوسائل القانونية والمعيارية، والنفسية والمادية التي تسمح، انطلاقا من خلق إلزام قانوني، بالتنفيذ الفعلي»[1][*]، فهو مفهوم واسع، يعطي وسائل متعددة من الأوامر، والعقوبات الى حد الوصول الى التنفيذ المادي والقسري (forcée).

وقد كان النقاش حول تأسيس القانون الإداري، من قبل رجال القانون الفرنسيين، فرصة لمحاولة اختيار معيار موحد شارح للقانون الإداري، خاصة بين Duguit حول "معيار المرفق العام"، و Haurion حول "الضبط الإداري"[2] حيث انتهى **هوريو** الى أن المفهوم الأساسي هو "حقوق السلطة العامة" droit depuissancepublique التي تتماها مع مفهوم "حق الضبط" droit de police[3] حيث يرى أنّ النظرية القانونية يجب أن تنص على: «الوسائل المستعملة للوصول الى الهدف "امتيازات السلطة العامة"»[4]*.

يستخلص الأستاذ Picard أنّ هذه الامتيازات هي: «تلك التي تمنح للأشخاص الإدارية سلطة إكراه تجاه المواطنين»[5]، وليستنتج أن الضبط هو معيار الإكراه، وأن المفهومين يستغرقان بعضهما

---

[1] Nelly Ferreira, la notion d'exécution d'office, A.J.D.A, AJDA Juli/August 1999, n° spécial, p41.

[*] «(…)la notion de contrainte, lorsqu'elle n'est pas autrement spécifiée, peut regrouper l'ensemble des moyens juridiques, normatifs, psychologiques ou matériels qui, à partir de l'édition de l'obligation juridique, vont peunette d'aboutir à son exécution con créte»

[2] Moreau, juris-classeur, Fasc200.

[3] Voir Picard, la notion de police administrative, p82.

[4] Op.cit. p85

[5] Op.cit. p86

البعض، في نظرية الأستاذ **هوريو**، والذي يعتبر أن أول سلطات الضبط ما يسمى les droits régaliens، والتي يعدد أهمها: "القوة العمومية"، "السلم والحرب"، "الخدمة العسكرية"، "حق التشريع والقضاء".

وقد أصبح "الضبط"la police و"النظام العام" مستغرقان لبعضهما البعض، وأمسيا معاني قابلة للتبادل[1]Interchangeables.

والحقيقة أنّ البحث في مفهوم الضبط كوظيفة قد عرضناه في الباب الأول لمحاولة التعريف القانوني للإدارة العمومية (الفصل الثاني–المبحث الأول).

فقد غابت عن الدساتير الجزائرية أي نص على ذلك، كما غالب الدساتير، وخاصة بعد تأكيد الخيار على دولة القانون حامية الحقوق والحريات، حيث يطغى هذا الاهتمام على مفهوم السلطة d'autorité وهذا ما يبرر ضعف حضور الدستوري.

ويبدو البحث عن المفهوم في الدستور عملا صعبا بالنظر الى غموضه في حد ذاته[2]، ولكن اللجوء الى مفهوم الضبط الاداري[3]، قد يسعفنا في الاقتراب من المفهوم كما قدّمه الأستاذةPicard حيث كتب: «بالمعنى العام، (...)، يفهم الضبط (police)، حاليا، أنّه كل نشاط عمومي اكراهي، أو كل وسائل السلطة العامة»[4][*]، ويواصل الأستاذة Picardفكرتها بأن كتبت في أطروحتها أنّ: «اسهام الشرطة (police) يعد تطبيقا محضا وبسيطا لمبدأ تدرج (هرمية) الاعمال الإدارية»[5][*]، يبرز هذا المنطق وظيفة الضبط كامتياز سلطة عامة لتجسيد الشرعية، وهو بذلك امتداد لامتياز التنفيذ عموما.

---

[1] Seiller, Droit administratif – 2 L'action administrative.

[2] Picard, op.cit.

[3] كما تناولناه في الباب الأول في الفصل الثاني في المبحث الثاني.

[4] Picard, op.cit, p24.

[*] «Au sens plus large, (…), la police s'entend aujourd'hui comme toute activité publique contraignante, ou de tous les procédés la puissance publique»

[5] Op.cit, p39, cité par picard aprtir «La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public», L.G.D.J. 1966

[*] «Les règles du concours de police ne serait qu'une application pure et simple du principe de hiérarchie des actes administratifs.»

ويقصد بها (أي الاستعانة بالقوة العمومية) لتنفيذ قوة الشيء المقضي فيه كما جاء في قرار Couitas[1]، والذي مدّده الاجتهاد الفرنسي الى حالة عدم تنفيذ قرارات إدارية.[2] حيث اعتبر الأستاذ Truchet: «أنّ ذلك يُعدّ شرطا لاحترام القانون، ونتيجة لمبدأ استمرارية الدولة(...)»[3].

وهكذا يندرج الضبط مع باقي الامتيازات في سلسلة متماسكة بحكم وحدة الوظيفية التنفيذية، حيث تسعى جميعها الى تجسيد الشرعية، وبشكل غير مباشر، الى تجسيد الدستور.

ومما يدعم أطروحة الأستاذ Picard ما جاء به الأستاذ Ndam[4] في تعليقه على قرارات محكمة العدل للاتحاد الأوروبي CJUE مقارنة بالمقاربة الفرنسية، حيث أنّ المحكمة تعرف الإدارة العمومية بأنها: «ممارسة للسلطة العمومية»، وبأنها: «حامية المصالح العامة للدولة»[5]، حيث تتمثل هذه المصالح في الضبط، والدفاع، والمالية، والديبلوماسية[6].

وقياسا على هذا التفكير فبإمكاننا التأسيس الدستوري للضبط كامتياز سلطة عامة، بالاستناد الى المادة 57 من الدستور مجددا[7]، فإننا نستنتج من مضمونها أنه لا يمكن تعطيل: "الدفاع الوطني والامن"، "وجميعالخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع" بحجة حق الاضراب خصوصا، وقياسا على ذلك كل الحقوق الأخرى، فالحماية الدستورية لوسائل الاكراه، هي في نفس الوقت تأسيسا دستوريا لها، ومما يدعم هذا التأسيس الدستوري وهذه القراءة ما جاء في دستوري 28 نوفمبر 1996 من النص على اختصاص المشرع العضوي: بـ«القانون المتعلق بالأمن الوطني» (م 123) واختصاص المشرع أيضا بسن: «القواعد العامة المتعلقة بالدفاع واستعمال السلطات المدنية للقوات المسلحة» (م122/27).

فالأمر يتعلق بدسترة مواضيع منصوص عليها في بعض النصوص القانونية والتنظيمية، وخاصة ما نص عليه قانون الولاية من صلاحيات الوالي، وكذا القانون رقم 91–23 الذي يسمح للحكومة بتسخير قوات الجيش في إطار الحفاظ على النظام العام وكذا في حالة وقوع الكوارث الطبيعية.

---

[1] C.E. 20 novembre 1923.
[2] Dolloz, الطبعة الخامس عشر، GAJA في: تعاليق الأساتذة
[3] Didier Truchet, L'autorité de police est-elle libre d'agir ?, A,J,D,A, 1999, n° spécial.
[4] Gérard Pekassa Ndam, La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, R,D,P, Nº 2, 2012.
[5] Op.cit. p354.
[6] Op.cit. p368.
[7] حيث استنتجنا مبدأ الاستمرارية كامتياز

يمنح المشرع ممثلي الدولة على مستوى الإقليم، سلطة الضبط، في الظروف العادية حيثيعد اختصاصا عاديا يعود لها، ويظهر استعمال الاكراه عبر وسائله الأكثر فعالية ألا وهي: "القوة العمومية"، ويظهر استعمال الحالات الاستثنائية حيث: «**يمكن الوالي، عندما تقتضي الظروف الاستثنائية ذلك**، أن يطلب تدخل قوات الشرطة والدرك الوطني المتواجدة على إقليم الولاية، عن طريق التسخير»، وكذا رئيس المجلس الشعبي البلدي حيث يقوم تحت إشراف الوالي في الاختصاصات التنفيذية والضبطية (المادة 88 من القانون رقم 10/11)، حيث، يمكنه (ر.م.ش)، «(...) عند الاقتضاء، تسخير قوات الشرطة أو الدرك الوطني (...)»(المادة 93 من القانون 10/11)، وقد نظم المرسوم المرسوم رقم 83-373 اللجوء الى الوسائل الاستثنائية (المادة16)[1].

والحقيقية أن نصي اللامركزية والقانون رقم 91-23 المعدّل بالأمر 11-20، هي الوحيدة التي تتضمن تأطيرا قانونيا من طبيعة تشريعية، فإصدار القوانين المتعلقة بالأمن سيسجل "ترقية "دستورية لتلك القواعد، والتي نرى أنها تشكل "نواة "النظام القانوني المراد وضعه، فخلاصة وفلسفته ذلك سيكون، بالضرورة، قائم على التوفيق بين متطلبات ممارسة الاكراه، ومقتضى ضمان الحقوق وحريات الأفراد، حيث أن القانون يفرض على الدولة ممثلة في سلطاتها المحلية على ممارسة سلطة الضبط في اطار احترام تلك الحقوق، فرئيس البلدية يقوم: «**في اطار احترام حقوق والحريات المواطنين،(...)، بالسهر على المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات» (المادة1/94 من القانون 10/11)**، ونفس الأمر، بالنسبة للولاية حيث: «**يسهر الوالي أثناء ممارسة مهامه وفي حدود اختصاصاته على حماية حقوق المواطنين وحرياتهم، (...)»(المادة112 من القانون رقم 07/12).**

وهكذا، فدسترة الإكراه العمومي من خلال مكونات القوة العمومية، يهدف الى بعثها دستوريا، فهي اعتراف دستوري بها كامتياز سلطة عمومية، وفي نفس الوقت هو وضعها في الإطار الدستوري، أي في إطار دولة القانون، حامية الحقوق والحريات، والحقيقة المسلم بها أنّ استعمال القوة العمومية يرتبط بضرورة تنفيذ القوانين والأنظمة في حالاته قصوى، وخاصة حماية النظام العام الذي يعد مكونا من مكونات السلطة التنظيمية التي تعود للسلطة التنفيذية، والأمر كذلك بالنسبة لرئيس الجمهورية التي تعود له بحكم سلطته التنظيمية، وكما ذكرناه في الباب الأول من الفصل الثاني في المبحث الثاني.

---

[1] المرسوم رقم 83-373 بتاريخ 28 مايو سنة 1983 يحدّد سلطات الوالي في ميدان الأمن والمحافظة على النظام العام (ج.ر. رقم 22)

والحقيقة أنّ تأسيس الإكراه المادي دستوريا، يدفعنا الى التساؤل عن التنفيذ المباشر كأحد وسائل الاكراه. فيبدو، ظاهرا أنّه مبرر تشريعيا ودستوريا في حدود ترسمها حماية الحقوق والحريات.

ظهر التنفيذ كضرورة دستورية، بمعنى الإجبارية، فهل يمكن صرف هذا المعنى الى مفهوم التنفيذ المباشر، بما يمثله من خطورة على حقوق والحريات، حيث تندمج سلطة التقرير والتنفيذ في سلطة إدارية واحدة، يقر الفقه الفرنسي، عموما، بعدم وجود مبدأ التنفيذ المباشر حيث يكتب الأستاذ Frier أن المبدأ: «(...)لا يوجد، ولم يوجد أبدا امتياز التنفيذ المباشر لصالح الادارة»[1] حيث يرى أنّه مبدأ مستحيل لأن القاضي الجنائي وحده من يرخص بذلك، وهو ما جاء في اجتهاد st. immobilière de Saint-Just حيث أن مندوب الحكومة روميو Romieu كتب: «أنّه مبدأ أساسي في قانونا العام أنّ الإدارة لا تحرك القوة العمومية من تلقاء ذاتها لضمان تطبيق القرارات الإدارية بشكل عسكري manumilitari وأنّه ، يجب، عليها، الالتجاء، ابتداء الى السلطة القضائية التي تعاين العصيان، لتعاقب المخالف لتسمح باستعمال الوسائل المادية "للإكراه"[2*]، وليسمح بثلاث حالات استثنائية على المبدأ بما نعرفها وهي: حالة الترخيص التشريعي والاستعجال وغياب أي طريق قانوني آخر.

وقد أقر اجتهاد الغرفة الإدارية المحكمة العليا[3] نفس المبدأ: «حيث أن امتياز التنفيذ المباشر لقرار ما، لا يعترف به للإدارة (...)»، فمنع استعمالها التنفيذ المباشر يعد القاعدة العامة، ويكون السماح به: «(...) إلا عندما يرخصه القانون صراحة، وعندما يكون هناك استعجال، أو لم ينص على أي جزاء قانوني (...)»، بما يفيد الاستثناء الوارد على مبدأ، والتي حصرها في حالات الثلاث، وليضع مبدأ عاما هو ان ذلك الاستعمال يكون بترخيص من القاضي، بطلب من الإدارة حيث أنّه: «(...) لا يمكن للإدارة استعمال هذا الامتياز عندما تتوفر لتنفيذ قرار قرارها على طريقة قانونية أخرى كالدعوى القضائية مثلا».

ويظهر هذا الاجتهاد التزام القاضي بحماية الحقوق والحريات، بدون أي إحالة على الدستور، فوجوده يؤسس كذلك لإمكانية استعمال القوة العمومية، ولكنه لم يذكر الشروط، وإن ذكر حالات.

(2) لكن الظروف الاستثنائية تكشف حقيقة قوة المفهوم وحضوره وأثره، فالمؤسس الدستوري منح سلطة وقوة للإدارة على أساس النظام العام، فقد تعطي الأولوية له على حساب أي حرية، فبمقتضى حالة

---

[1] Pierre laurent Frier, l'exécution d'office : principes et évolutions, A,J,D,A, Juillet/20 aout 1999, numére spécial, p45

[2] T.C 1902, société immobilière de saint just, in «G,A,J,A», 15° edition.

* الترجمة للطالب

[3] قضية مسيري قاعات السينما/ضد المنشور الوزاري لوزير الداخلي، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1995، عدد: 02، ص 153

الطوارئ قضت المادة 08 من مرسوم حالة الطوارئ بأنه: «عندما يعطل العمل الشرعي للسلطات العمومية، أو يعرقل بتصرفات عائقة مثبتة أو معارضة تعلنها مجالس محلية أو هيئات تنفيذية بلدية، تتخذ الحكومة عند الاقتضاء، التدابير التي من شأنها تعليق نشاطها أو حلها»، حيث، و:« وفي هذه الحالة، تقوم السلطة الوصية بتعيين مندوبيات تنفيذية على مستوى الجماعات الإقليمية المعنية إلى أن تجدد هذه الأخيرة عن طريق الانتخاب»، فقد تم استبعاد مبدأ الانتخاب في صالح الحفاظ على النظام العام.

والحقيقة، أن نظرية "الظروف الاستثنائية" قد استعملت، في النظام الجزائري، وكرست في الاجتهاد القضائي، بشكل مبكر، فقد أثيرت من قبل المتقاضين، كما من الإدارة خصوصا، فقد تناولها الاجتهاد القضائي، ففي قرار C.CR.MA الذي سبق ذكره حيث يرى القاضي أن «... **نظرية أعمال الحكومة وكذا نظرية الظروف الاستثنائية هي من خلق إميريقي للاجتهاد**»، وليواصل في حيثيته الموالية حيث اعتبر: «(...) **أن نظرية الظروف الاستثنائية المتخذة، خاصة في حالة الحرب** (...)».

ويمكن القول، أنّه قد تم دسترتَها في دستور 22 نوفمبر 1976، بواسطة المادة 119[1]. ولم تثر مضمونها أي نقاش، حيث أصبحت مفهوما مألوفا، يدرس في المراجع البيداغوجية للقانون الإداري وقانون المنازعات الإدارية، بخلاف النقاش الذي ثار بمناسبة دسترتها عبر المادة 16 لدستور 1958، مما أدى الى نشوء ما يسمى: "القانون الدستوري الاستثنائي" وأثاره على النظام القانون القانوني، وكذا على الحقوق وعلى توازن السلطات[2]حيث لاحظ الأستاذالعقونبشأن شروط إقامة هذا القانون الدستوري الاستثنائي أنها تملك: "معيارية شكلية" normativité factuelleحيث أنّالآليات التي توازن وتحد من السلطة التنفيذية تكاد تندثر، حيث تمارس هذه السلطة بدون مقاومة، وبدون تقاسم.

وقد استعملت هذه السلطة بالإعلان عن حالة الطوارئ بمناسبة أحداث أكتوبر 1988 وكذلك طبقت حالة الحصار، في ظل دستور 23 فبراير 1989، بموجب المرسوم الرئاسي 91-196 بتاريخ جوان 1991، وكذلك إعلان حالة الطوارئ بواسطة المرسوم الرئاسي 92-44.

في الحقيقة، فإنّ الاكراه يظهر ويستعمل في هذه الظروف الاستثنائية، غير أنّه يبقى استثنائيا قانونا وممارسة، ومهما يكن، فلإن الاكراه، يظهر بشكل واضح.

---

[1] المادة 119: «في حالة الضرورة الملحة، يقرر رئيس الجمهورية، في اجتماع لهيئات الحزب العليا والحكومة، حالة الطوارئ أو الحصار، ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع».

[2] laggoune Walid, Droit constitutionnel et équilibre des pouvoirs, cours de l'académie internationale de droit constitutionnel, 2013, (synthèse de cours), non publié.

وإن أهم أثر هو الاستعمال الكثيف للقوة العمومية، وما يترتب عنه من ضرورة شرعية استعماله وتحمل تبعاته فاستعمال الاكراه عن طريق القوة العمومية مقتضى أساسي للتنفيذ، وخاصة ما تعلق منها بالأحكام القضائية التي تستفيد من أساس دستوري متمثلا في المادة 145 من الدستور، ولكن المشرع أورد تحفظا يتعلق بحالة المساس بالنظام العام، حيث يمكن للإدارة أن تمتنع عن تنفيذ حكم قضائي. يبين هذا الاستثناء حدود استعمال القوة العمومية، وبالتالي، يمكننا الاستنتاج أن عناصر النظام القانوني لاستعمال القوة العمومية، متضمنة في النصوص التشريعية، فهي تهدف الى حماية الحقوق والحريات.

ومهما يكن، فقد أصبح من المسلم به أنّ الإدارة تخضع مباشرة للدستور، كما رأينا، وتخضع اعمالها للقواعد الدستورية (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: الضوابط الدستورية للجوء الى الإكراه

نلاحظ أن النظام القانوني للتنفيذ الإداري، سواء كان تشريعيا أو بفعل الاجتهاد القضائي يندرج في إطار احترام حقوق وحريات الأفراد (1)، وهو مدعوة بحكم خضوع القرار الاداري للدستور الى الالتزام بنظام مدستر (2).

(1) فقد استقر الاجتهاد القضائي على إقرار مبدأ الطابع التنفيذي للقرار الإداري حيث قضى مجلس الدولة[1] في اجتهاد حديث: «(...) أنّه من الثابت قانوناً وفقهاً وقضاءً أن القرارات الإدارية نافذة بمجرد صدورها ما لم يضع القضاء حذا لتنفيذها» ولقد رأينا أن الاجتهاد القضائي قد جعل اللجوء الى التنفيذ الجبري استثنائيا في قرار الجمعية الوطنية لمسيري قاعات السينما.

وقد كان هذا الاجتهاد تتويجا ونتيجة لمسار طويل من الاجتهادات القضائية للقضاء الإداري الجزائري حيث جعل من التوفيق بين الصالح العام والحريات الفردية توجه دائما الذي يقود الى رقابة الشرعية الإدارية، منذ أن أعلنه في قرار Montefa[2] بتاريخ 1966/12/14.

والحقيقة أنّه لم تتح الفرصة للمجلس الدستوري لرقابة قانون تسمح له بالنظر في مدة دستورية ضمان الحقوق والحريات، ومهما يكن هذا الفراغ من حيث الاجتهاد الدستوري، فإن القرارات الإدارية، ومهما كانت طبيعتها أو شدتها، فهي تخضع، كما رأينا، للدستور مباشرة، فإجراءات التنفيذ المباشر التي تنصب أساسا على الحفاظ على النظام العام تخضع لشروط ومبادئ معروفة ومكرسة من قبل الاجتهاد

[1] مجلس الدولة، قضية أعضاء المستثمرة الفلاحية ضد (ق.أ) ومن معه، منشور بمجلة مجلس الدولة، سنة 2005، عدد: 7، ص 133.
[2] قرار منطفا (الغرفة الإدارية للمحكمة العليا)

القضائي، سواء لدى القضاء الإداري الفرنسي[1] أو لدى الاجتهاد الدستوري للمجلس الدستوري الفرنسي[2]، أو الاجتهاد الجزائري[3].

كما يمكننا أن نستنتج شروط اللجوء الى التنفيذ المباشر بالنظر الى دستوريتها، أي الشروط الدستورية لهذا التنفيذ، التي ستتحول من شروط تشريعية وقضائية الى شروط دستورية حيث تلقى دسترة عن طريق ترقيتها، ومما يدعم هذا الطرح عوامل عدة: تتمثل في المنطق الدستوري القائم على ضمانة الحريات والذي ميّز اجتهاد المجلس الدستوري فهو بلا شك، وفي أي فرصة لفحص دستورية نص يتعلق باستعمال التنفيذ القسري، فسيلجأ الى إثارة نفس الاسانيد التي كرسها والتي تحمل مضمونا جنائيا للحريات، فالعودة الى الشروط التي أقرها الاجتهاد القضائي الإداري، كما في حيثية قرار شرقي ضد وزير الداخلية حيث ذكرت حيثيته الأساسية: «(...) أنّه اذا كان الاختصاص بالنظام والامن يعود الى السلطة التقديرية للإدارة، فإن هذه السلطة لا تمارس إلا بمقتضى نص صريح أو بمبدأ المبدأ العام الذي يحمل الدولة ضمان السير الحسن للمرافق العامة»، ولواصل في نفس الحيثية شارحا: «(...) أن هذه السلطة تمارس، في اطار القوانين، وتحت رقابة القاضي، ويجب أن لا تؤدي الى خرق المبادئ الأساسية المتعلقة بالحرية الفردية»، يظهر القرار اجتهادا حاميا للحريات ومحاولا التوفيق بين متطلبات النظام وحماية الحريات.

نستنتج من هذا الاجتهاد أن الاختصاص بالحفاظ على النظام والامن يعود الى الإدارة، فهو اعتراف لها بالسلطة، ولكن ترد عليه الشرعية، وبالتالي، فإن الشرط الأول هو ما تعلق بهذا الإجراء بحماية النظام العام، وهو هدف ومهمة دستورية تعود الى الإدارة، والذي يبرر سلطة استعمال التنفيذ القسري، في مستوى ثان، فالأمر يتعلق بفارق في الدرجة، وليس في الطبيعة، وأمّا المبرر الثاني الذي أورده القاضي هو ما تعلق بمبدأ الاستمرارية، مما يؤكد، ما سبق لنا تأكيده من اعتبار هذا المبدأ امتياز تترتب عنه سلطات، لعل امتياز التنفيذ المباشر من أبرزها، كما رأينا.

(2) والحقيقة، أننا نستطيع التأكيد، على أنّ الشرط الدستوري الأول يتعلق بالهدف من تلك الإجراءات، قياسا على مضمون الفقرة من المادة 91 من الدستور حيث تهدف حالة الطوارئ والحصار: «(...) لاستتباب الوضع (...)»، وهو نفس الشرط الوارد في المادة 86 من دستور 23 فبراير 1989، والذي صدر في ظل المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ حيث : « تهدف حالة

[1] C.E, Benjamin, 1933

[2] Tania-Marie, David-Pecheul, La contribution de la jurisprudence constitutionnelle à la théorie de la police administrative, R,F,D, adm, 14(2) mars-avril 1998.

[3] قضية شرقي ضد وزير الداخلية، الغرفة الإدارية، بمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 1983/11/30.

الطوارئ إلى استتباب النظام العام وضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات وتأمين السير الحسن للمصالح العمومية»، فقد استند المرسوم على: «اعتبار المساس الخطير والمستمر للنظام العام (...)»، وكذا «(...) اعتبارا للتهديدات التي تستهدف استقرار المؤسسات (...)»، وهي التي تبرر للإدارة (وزر الداخلية والوالي) مجموعة من التقييدات على الحريات كـ: «تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة» (المادة1/6)، وكذا: «منع الإقامة(...)» (م4/6)، وكذا: «الأمر الاستثنائي بالتفتيش نهارا وليلا».

يمكننا ان نستنتج أن شرط الهدف يتعلق بكل مجال الصالح العام، وخاصة ما يخص المرافق العمومية، خصوصا استمراريتها، كما يبرز من مضمون المادة 02 من المرسوم، وذلك ما يبرر السلطة الممنوحة للإدارة بـ: «تسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة إضراب غير مرخص به، أو غير شرعي، ويشمل هذا التسخير المؤسسات العمومية أو الخاصة للحصول على تقديم الخدمات» (م5/6).

وأمّا الشرط الثاني، الذي نستنتجه هو ما تعلق بشرط الضرورة، فقد نصت المادة 91 على أن اللجوء الى الحالتين من قبل رئيس الجمهورية أي الإدارة يكون ذلك: «(...) إذا دعت الضرورة، (...)».

وأما الشرط الثالث، المتمثل في مبدأ التناسب la proportionnalité، فلا نجد له أساسا دستوريا صريحا، ويُعد الأمر طبيعيا، فالحرص على فعالية الإدارة في الظروف الاستثنائية يقتضي التركيز على منح الامتيازات، وقد تكون فرصة صدور القوانين العضوية المتعلقة بتنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار لإيراد التضييقات الضرورية على الامتيازات، وبالضرورة التوفيق بين متطلبات الحفاظ على النظام العام tحماية الحريات و: «النظام العام المتمفصل مع حقوق الاساسية يولد مبدأ التناسب»[1][*]، ولكن هذا النقص تداركه المرسوم الرئاسي في مادته الثالثة التي نصّت على أنّ: « تتخذ الحكومة كل الإجراءات التنظيمية التي هي من صلاحياتها قصد الاستجابة التي أعلنت من اجله حالة الطوارئ»، فقد ربط سلطتها بقدر الاستجابة للحد من حال الطوارئ، بما يفيد من إقامة علاقة تناسب.

ومهما كانت هذه الدسترة جزئية، بحكم الاحكام الحالية التي دسترت الحالات الاستثنائية لصالح الإدارة[2]، فهي استفادت من دسترة عبر تمريرها عبر قانون عضوي، بما تحمله من الشحن الدستوري،

---

[1] E. Picard, o,cit, p49.

[*] «C'est que l'ordre public articulé aux droit fondamentaux engendre un principe de proportionnalité»

[2] Laggoune walid, Op.cit.

وتظهر هذه الدسترة، قدرا من الاهتمام بتأطير استعمال الاكراه، وخاصة القوة العمومية، بما يسمح بإعطاء شرعية لاستعمالها والقيود الواردة عليها.

فما قرره المؤسس الدستوري يندرج في توجه عام يقضي باستعمال الحالات الاستثنائية، كما في ألمانيا، حيث ينص على ما يسمى (حالة الأزمة الداخلية) التي تهدف الى دفع: «أي خطر يهدد وجود النظام الدستوري الليبرالي والديمقراطي...» (م91 من القانون الاساسي)،[1] حيث دفع رجل قانون فرنسي الى أن يكتب تعليقا على الوضع الفرنسي: «(...) أن يمكن للسلطة التأسيسية تنظيم حالة الاستثناء، ولأكنه يمكنه ايضا منح الاختصاص للمشرع من اجل تفصيل إجراءات تطبيقه، كما حدث في الدستور الفرنسي لـ 04نوفمبر/1848 (...)»[2]*، فهو يرى ذلك استعبادا لصعوبات احترام الشكليات التي قد تؤدي الى انهيار الدولة، والذي: «(...) يجدد انتصار حالة الضرورة على القانون الاستثنائي»[3]*.

فهذه الحالات الاستثنائية التي استفادت من إطار دستوري، والذي تدعم بتأطيره بقانون عضوي كما نصت عليه المادة 92 من الدستور 28 نوفمبر 1996، بما يحمله من دسترة "مكثفة" تضمنتها رقابة دستورية القبلية الممارسة من المجلس الدستوري، والتي توفق، عادة بين احترام مبدأ الفصل بين السلطات، وحماية الحقوق والحريات.

والحقيقة، أنّ هذا التأطير الدستوري للحالات الاستثنائية سيدعم مكتسبات الخضوع للشرعية عبر الخضوع للرقابة القضائية المقررة دستوريا. وقد رأينا، أن الاجتهاد القضائي قد خلق واستعمل "نظرية الظروف الاستثنائية" وأعمال السيادة، بما ترتب عنه من تقليص لرقابة القضاء على هذه الاعمال، كما أنه قد صدها ودفعها في عدة قرارات، سبق تناولها، رافضا لحجج الإدارة التي تثيرها للإفلات من رقابة الشرعية وإقرارا لمسؤوليتها، بدءا من قرار C.CRMA (سنة 1967)، وحديثا (في قرار جمعية الأمل ضد والي وهران)

وهكذا، فإن القضاء الإداري قد تعامل مع قرارات إدارية تتعلق بتطبيق حالة الطوارئ، ولم نعثر على أي محاولة أو قرار قضائي يتعلق بالطعن في المرسوم الرئاسي رقم 92–44. ويظهر إحجام المتقاضين على الطعن في المرسم في حد ذاته، وإعتقادهم بصحة نظرية أعمال السيادة، فلم يجرؤ على ذلك وإكتفوا بالطعن في القرارات الناتجة عن تطبيق مرسوم حالة الطوارئ، والتي يمكن تأسيسها على

[1] La loi fondamentale de 1949.
[2] Pascelcaille, l'état d'urgence
[3] Ibidem, p349

*

اجتهاد المجلس الأعلى، في قرار SA.I.D[1] ضد والي الجزائر حيث أنه اعتبره «(...) **القرار الولائي أنه قرار حكومي وأنه لتحقق الأهداف الأساسية المنصوص عليها في المادة 10 من دستور 10 سبتمبر 1963، فان الحكومة وأعوانها مدعوين الى اتخاذ إجراءات تتجاوز إطار نشاطهم الإداري**»، وليرتب نتيجة تجاه القاضي بأن يكون: «**موقف القضاة محكوم بالسهر على الامتناع عن خلق اضطراب يمس بعملية إقامة ديمقراطية اشتراكية واقتصادية أطلقتها الحكومة**» وليرتب في الحيثية الموالية، نتيجة وهي :«(...) **أنه يقتضي القيام بالتمييزين أعمال حكومية والأعمال الضرورية لتنفيذها**»، ولينتهي بإقرار: «**بأن القرارات التابعة المنفذة لهذا الاختيار الأساسي تخضع لرقابة المحكمة العليا التي يجب أن تسهر على التطبيق الدقيق للقانون.**»

وهكذا، فقد وجدت قرارات، اضطرب فيها سلوك القاضي الإداري، بين القضاء، بعدم اختصاصه بحجة نظرية الظروف الاستثنائية، والقضاء بالاختصاص بالنظر فيها، فهي قرار قضائي (القسم الاستعجالي)[2]، يطالب فيه صاحبه بوقف تنفيذ القرار الإداري على أساس تعسف الإدارة في الغلق، وحيث أن الإدارة د فعت بأن قرارها شرعي لكون المدعي قام بأعمال تمس بالنظام العام والامن العمومي، وأن أساسه هو المرسوم رقم 92-44 ولا سيما المادتين 4و7 منه، والذي رتبت عنه القضاء الإداري غير مختص بالنظر لتعلق تطبيقها بحالة الطوارئ.

ولكنه في قرار آخر بتاريخ 20مارس1994، أصدر القاضي أمرا استعجاليا بوقف تنفيذ قرار إداري لعدم التأسيس بالنظر لعدم ثبوت المساس بالنظام العام والأمن العمومي[3].

والحقيقة، أن عدم اصدار القانون العضوي المتعلق بالظروف الاستثنائية، قد يخلق نقائص في الإطار القانوني، وبالتالي، يخلق صعوبة للقاضي الإداري في تأسيسه لأحكامه، وهو ما يفسر تغير مضمون اجتهاده وتذبذبه، وان كان قد أظهر اجتهادا فيما في حماية سلطة الدولة وضمان حقوق الأفراد ومحاولة التوفيق بينهما، والذي كان بفضل الدسترة والإطار الدستوري الذي تمنحه، وخاصة المادة 143 التي أقامت رقابة شاملة بقاعدة عامة دستورية، وكذا المادة 19 من الدستور.

---

[1]C.S (ch.adm)-18 Juin 1977, Walid Alger C/S.A.I.D.

[2] نفس المرجع، ص 42.

[3] عن مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر (2008/2007) للطلبة هادف فيصل، بن تونسي وبن ستول عبد الرحمن: "دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الظروف الاستثنائية"، الدفعة السادسة عشر، 2007-2008.

والحقيقة أننا نلاحظ أن القاضي الإداري، في سلوك عميق ويبدو، أنه، يتسم بالاستمرارية، ولا يعرقل عمل السلطات العمومي، وخاصة، بمناسبة الظروف الاستثنائية، وقد كان ذلك ما قضى به في قرار SAID حيث اعتبر:«(...) الاستيلاء Prise de possession تم بدون قرار ولائي، والتي تمت في اطار تطبيق المرسوم 63-168 لـ9 ماي 1963 المتعلق بالوضع تحت حماية الدولة، للأملاك التي تستغل للاستعمال القابل للماس بالنظام العام والسلم الاجتماعي(...)» ولا يعد اعتداء ماديا (...) وبالتالي فإن قاضي الاستعجال لم يكن مختصا للأمر بطرد والي الجزائر.

وقد كان سلوكه الاحترام لسلطة الدولة، خاصة في الظروف الاستثنائية، حيث لم تعد مجرد نظرية امبريقية من خلق القضاء الإداري، كما قضى بذلك في قرار C.CRMA(1967)، فهي قد استفادت من دسترة، ومن اطار قانوني لتنفيذها بواسطة رئيس الجمهورية حامي الدستور، فقد حكم في قضية حل المجالس الشعبية البلدية بأن قرار رئيس الحكومة صحيح، فرغم مخالفته للمادة35 من القانون رقم 08/90 التي نصت على أنه «لا يمكن حل المجلس الشعبي البلدي الا بموجب مرسوم متخذ في مجلس الوزراء بناء على تقرير من وزير الداخلية»، فان المحكمة العليا قد أسسته بناء على المادة08 من المرسوم رقم92-44 المتضمن اعلان خالة الطوارئ، مما يظهران عبئ الحفاظ على النظام قد أصبح يستفيد من أسس نصية واضحة تحد من تذبذب اجتهاد القاضي، وتضبط سلطة الإدارة وقد بات، من الضروري اصدار النصوص العضوية حيث تؤطر الأعمال الإدارية، وتضبط مجال سلطة الإدارية، بما يقلص من سلطتها التقديرية، ويخلق اطار قانونيا، يستند اليه القاضي الإداري في إعمال رقابته.

في الواقع، فإنّ استعمال التنفيذ المباشر، وخاصة استعمال القوة العمومية مؤطر تشريعيا وتنظيميا، وما أمر دسترته إلا استجابة لواقع مكرّس يوفق بين متطلبات الحفاظ على النظام العام وضمانة حقوق الانسان، حيث تنص المادة من قانون الولاية على أنّ الوالي يمارس صلاحيات الضبط الإداري في إطار احترام حقوق الانسان.

ومهما يكن، فإن قرارات الضبط وما يرتبط بها من أعمال مادية كاستعمال القوة العمومية، خاضعة للرقابة القضائية، حتى ما تعلق بإجراءات الضبط القضائي التي قد تختلط مع عمليات الضبط الإداري، فهي خاضعة لرقابة القضاء (الواقف).

والحقيقة، أن اجتهادات القضاء الإداري الجزائري تكرس امتداد الرقابة على اعمال الضبط، سواء القانونية منها أو أعمال المادية، ويُظهر ذلك الاجتهاد إقرار مبدأ مسؤولية الإدارة على الاعمال المادية

خصوصا، فأغلب القرارات تنصب حول المسؤولية الناتجة عن الاعمال المادية أي عن استعمال القوة العمومية، وما يترتب عن من القضاء بالتعويض.

وأما ما تعلّق منها، برقابة المشروعية المنصبة على قرارات الادارة فهي تقع مجال سلطتها التقديرية، حيث يعترف لها الاجتهاد القضائي بذلك[1]، وقد طوّر القاضي الإداري وسائل الرقابة الملائمة حيث نذكر: عيب الانحراف بالسلطة المرتبط بالخروج عن هدف الحفاظ على النظام العام[2]، أو الخطأ الصارخ في التقدير (L'erreur manifeste d'appréciation) الذي يرتبط بخرق شرط التناسب proportionnalité[3].

والحقيقة، أن المبدأ الأساسي الذي يحكم الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري هو القاعدة العامة الدستورية التي تقضي بأن: «ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية» (م143) وأن: «تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية» (م139).

فرقابة القاضي على امتيازات الإدارة، بما فيها ما تعلق بإجراءات التنفيذ يتم من زاوية ضمان حقوق الانسان، وهو بذلك يؤدي الى فعلية الرقابة وفعاليتها، فهو قد استفاد من إطار دستوري واضح يدرج فيه عمله واجتهادات ليبسط رقابة قضائية ليستنتج بالضرورة نظاما قانونيا فعالا يوفق بين حقوق الدولة وحقوق الافراد، ليرفع ذلك التناقض بين الحرية والنظام العام حيث كتبت الأستاذة Kobi أنّ: «التناقض بين الحرية والنظام العام يعد كنه الضبط، فموضوعه هو تحويلة الى التوفيق بينهما»[4*].

وما لاحظنا، من الاجتهادات السابقة، حتى في ظل دستور 1963، أنّها امتنعت عن رقابة بعض القرارات بحجة أنّها قرارات سيادة، ولكنها أقرّت أن قراراتها التطبيقية قابلة لرقابة القاضي الاداري[5]، وهي كذلك حيث اعتبر في قرار الجبهة الإسلامية للإنقاذ أن قرارات الإدارة المبررة بالشرعية الاستثنائية الناتجة عن اعلان حالة الطوارئ فرغم اعتبار القاضي الإداري أنّه حامي الحرية والشرعية فقد اعتبر أن اعتبار الحفاظ النظام العام يسمو على حرية الجمعية السياسية في نشاطاتها.

---

[1] Aberkane Farida, le pouvoir discrétionnaire l'administration, Revue du conseil d'Etat, 2001.

[2] قضية خيال عبد الحميد، ضد رئيس بلدية عين البنيان

[3] عناي رمضان، مجلة مجلس الدولة،

[4] G. Kobi, op.cit.

[*] «La contradiction entre liberté et ordre public est l'essence même de la police, son objet est précisément de la transformer en conciliation», p307.

[5] C.S (ch.adeu), S.I.A.D

نستخلص أنّ النظام القانوني للتنفيذ الجبري أصبح خاضعا لمتطلبات دولة القانون، سواء من حيث الإطار التشريعي والتنظيمي والاجتهادات القضائية، وخاصة الإطار الدستوري الذي لم يتجسد نتيجة لغيا القوانين العضوية التي ستدعم دسترة النظام القانوني، ولتمنحه قوة ووضوحا، ستؤثر لا محالة، في اجتهاد القاضي الإداري المعول عليه، فقد اثبت أنّه أحد فواعل هذه الدسترة.

وعموما فإنّ هذه القرارات تخضع لنظام قانوني "مدستر".

المبحث الثاني: القيود الدستورية.

وضع المؤسس الدستوري إطارا دستوريا ناتجا عن الأحكام الدستورية للمادتين 139 و143، حيث أن القاضي، وانطلاقا من مهمته الدستورية كحامي للمجتمع والحريات (م139)، وهو الضمانة الأساسية في مواجهة امتيازات الإدارة كونه ينظر في قرارات السلطات الإدارية (م143) والتي تنطلق من تصور دستوري واضح (المطلب الاول)، وقد طور القاضي الإداري، استنادا على ذلك اجتهادا أنتج نظاما قانونيا "مدستر" لتأطير ممارسة امتيازات السلطة العامة من قبل الإدارة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية الحريات والمجتمع

تقوم الدسترة الحديثة على تصور دولة القانون[1] المنبنية على الفصل بين العام والخاص، أي التمييز بين الحريات والمصالح الفردية، والصالح العام، حيث كتب الأستاذ Truchet أنّه: «في الديمقراطية، يجب تمييز السلطة العامة عن السلطة الخاصة ويجب أن يكون لها قانونها» (أي السلطة العامة)[2][*].

يندرج التصور الدستوري الجزائري في نفس المنطق السائد عالميا[3]، فانطلاقا من ذلك الفصل، وضع ضمانات لحماية الحقوق والحريات (الفرع الاول)، وكذا ضمانات لحماية الصالح العام (الفرع الثاني).

---

[1] Jacques Chevalier, l'Etat de droit, R,D,P, 1988.

[2] Didier Truchet, Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel.

[*] «Dans une démocratie, la puissance publique droit être distinguée de la puissance privée et avoir son droit», p1775

[3] , l'internationalisation des constitutions nationales.

الفرع الأول: ضمانات الحقوق والحريات

حيث تمّ تأكيد الطابع الذاتي المؤسس جملة من الحقوق التي تعد سلطات في مواجهة الإدارة التي سجّلت تحوّلا في مضمونها (الفقرة الأولى) حيث أوكل حمايتها الى القاضي، بما دعّم سلطاته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحول في مضمون الشرعية: من الموضوعية الى الذاتية.

لا شكّ في تأثير الدسترة (1) في مضمون الاجتهاديات القضائية الإدارية (2).

(1) أثرت الدسترة الحديثة بمضمونها الجديد الضامن للحقوق والحريات على دور القاضي الإداري حيث حولته من قاضي شرعية موضوعية الى قاضي حريات[1] مدعمة ما لاحظه رجال القانون من تحول في القانون الإداري والقضاء الإداري في الاتجاه نحو الذاتية Subjectivisation، فهذا التوجّه الى الذاتية الذي لوحظ في فرنسا[2]والذي، تعاظم بفعل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، وخاصة تأثير المادة 06 منه المتعلقة بـ: "المحاكمة العادلة"leprocèséquitable قد: «(...) عمّقت التوجه الحالي للذاتية في القانون الإداري، وكذا منازعاته»، و«(...) كلفت القاضيين بمهمة ذات أولوية تتعلق بحماية الأفراد عموما، وبالخصوص المرتفقين في مواجهة الإدارة بالنسبة للقضاء الإداري»[3][*].

وتندرج الدسترة الجزائرية في هذا التوجه من حيث توحيدها للمهمة الدستورية للقضاء في حماية الحريات، بدون تمييز بين الجهتين القضائيتين حيث ان السلطة القضائية واحدة (رأي المجلس الدستوري حول القانون العضوي لمجلس الدولة)، حيث: «أصبحت الحقوق الأساسية عناصر لا مناص منها في الإجراءات الإدارية وكذا المدنية»[4].

---

[1] Eric sales, vers l'émergence d'un droit administratif des libertés publiques, R.D.P, N°1, 2004.

[2]Chevallier J., vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique, R.D.P. n°3, 1998. P.689.

[3] Agathe van lang, le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité, AJDA 26 septembre 2005, p1765.

[*] «(…)le mouvement actuel de subjectivisation du droit administratif et de son contentieux, (…),les deux juges sont investis d'une mission prioritaire de protection des individus en général, et plus spécialement des administrés face à l'administration pour la juridiction administrative.»

[4]Norbert Foulquier, les droits publics subjectifs des administrés, Dalloz, 2003, p494.

وقد أدت ملاحظات الأستاذ Truchet حول قاعدة الربط بين الاختصاص والموضوع La liaison entre la compétence et le fond وتطورها على ضوء الدسترة والأوربة européanisation الزاحفة والمهددة للازدواجية القضائية الفرنسية، لينتهي ويستخلص أنّ: «الوظيفة تتجاوز الاختصاص، أو من الأفضل القول بأن الاختصاص يتبع الوظيفة(...)»[1].

إنّ هذه التوجهات الجديدة، التي تؤكّد توجها عميقا رصد في ما يتعلّق بقضاء المسؤولية من مدة طويلة، سواء ما تعلّق بالنظام الفرنسي، أو الجزائري، وكل الأنظمة المتأثرة بالنموذج الفرنسي لازدواجية القضاء وقد ظهر ذلك، خاصة في ما يتعلّق بتخفيف شروط قبول الدعوى، وجعلها تقترب من الدعاوى العادية، بخلاف تشديد شروط دعاوى الإلغاء والشرعية وحيث لاحظ الباحثين وجود تصور للرقابة القضائية[2] طبع كثيرا من الاجتهادات القضائية وأثّر فيها، حيث أكسب القاضي جرأة جعلته يعي سلطته، ويستعملها بقوة[3]، وخاصة على ضوء المتطلبات الدستورية والتي تتطلّب حقوق الأفراد بما يُعدّ تجسيدا لدولة القانون، وقد رافق ذلك التوجّه الجديد، تغلب تبعات الإدارة على امتيازاتها[4]، فقد لاحظنا كيف أنّ القاضي الإداري أصبح يستند الى الوظيفة (المادة 139 من الدستور)، فهو الحريص على حماية الأفراد بالأولوية على حماية الإدارة ، وإن كان اجتهاده مستقراً على التوفيق، بينهما، كما كان ذلك في النظام الجزائري، انطلاقا من قرار bardies et montefa[5].

والحقيقة، أنّه لا يمكن الحكم على استقرار هذه الاجتهادات، ومدى التزام المحاكم الإدارية بها، نظرا لغياب النشر بما لا يسمح بمعرفة مدى انتشاره وما يمكن ملاحظته أنّ غالب الاستناد الى المادة 139 من الدستور، كان لدى المحاكم الدنيا، فلم نعثر على قرار المجلس الدولة ليؤكّد هذا الاستنتاج أو ينفيه. ولكن، ومما لا شك فيه، فإنّ تلك الارهاصات تعدّ السوابق الضرورية لاجتهاد "جنيني"، نستنتج آثاره الفكرية على تفكير القاضي الإداري، وكذا الآثار القانوني التي يفرضها ضرورة «توحيد الاجتهاد القضائي على المستوى الوطني».

---

[1] Danielle labetoule, L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif, AJDA 2005 p. 1776.

[2] Morhoum Fadela, la conception de contrôle de légalité, mémoire de magister faculté de droit, Alger, 1996.

[3] عمور سلامي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.

[4] Fabrice Melleray, L'exorbitance du droit administratif en question, A.J.D.A, 3 nov. 2003, N°37, 2003, p1964.

[5] سبق الإشارة اليه.

ونستنتج أنّ الدستور قد أحدث حركية يمكن رصدها سواء ضمن أحكامه الكثيرة الضامنة للحقوق والحريات، أو من خلال حركية الدسترة الكثيفة التي دشنها المجلس الدستوري في كامل آرائه وقراراته.

فقد أظهر المجلس الدستوري حماية عالية ومستمرة لمجموع الحريات في كامل آرائه وقراراته، وتدعم بالاجتهادات للقضاء الإداري التي تبرز تحولا في مضمون الشرعية من شرعية موضوعية الى شرعية قائمة على الدفاع على الحقوق الفردية.

(2) والحقيقة أن هذا التوجه قد بدأ يتصاعد ويظهر في اجتهاد القضاء الإداري منذ مدة سابقة للموجة الأخيرة للدسترة، متأثرا بالنظم المقارنة[1]، في اجتهاده وقراراته، قد عمل كقاضي شرعية مطورا نظما قانونية قائمة على أساس التوفيق بين تأطير استعمال امتيازات السلطة العامة وحماية الحقوق والحريات، ففي الفترة الاشتراكية، وفي ظل دستور 22 نوفمبر 1976، برزت مجموعة القرارات (قرارات الغرفة الإدارية للمحكمة العليا)[2] التي أرست نظما قانونية قوية، حفاظا على الشرعية، وخاصة في ظل النصوص القانونية الناقصة، وذات النزعة الاشتراكية، حيث كان الاجتهاد ليبيراليا، بحكم التكوين الفكري للقضاة الذين نهلوا من المعين القانوني الفرنسي المطبوع بالنزعة الليبيرالية[3].

ويمكننا سوق أمثلة كثيرة لذلك[4] لتأكيد هذه الفرضية، ولعل المثال المتعلق بالضبط الإداري كم رأيناه في المبحث السابق (المطلب الثاني) دليل على ذلك حين اعتبر أنّه لا ينبغي للضبط الإداري أن يخرق الحريات الفردية، بما يفيد أن ننظر لذلك الضبط من زاوية الحرية، بما يذكرنا بما كتبه corneille في قرار Bailly، من أن الحرية هي الأصل وأن الضبط هو الاستثناء.

وأمّا المثال الآخر الذي نستدل به فهو قرار بلدية الشراقة[5] حيث ذكر القاضي في حيثيته أنّه: «حيث أنّ القرار (...) قد أنشأ حقوقاً لصالح المستفيد، والذي لا يمكن سحبه، وأن القرارات الإدارية تنشئ حقوقاً بمجرد الإمضاء (ولا يهم إن كانت منشورة أملامبلغهأ ودخلت حيز التنفيذ وأنسحبهاكلالحالاتيكونغيرقانوني)»، يبدو نص الحيثية بسيطا ذو محتوى عادي، ولكننا نلاحظ، أنّه لما تناول مسألة نفاذ القرار الإداري، او طبيعته التنفيذية، وهي، كما هو، متعارف عليه، وكما دللنا عليه في المبحث السابق، امتياز لصالح الإدارة، فقد حوله القاضي الى امتياز لصالح الأفراد عندما اعتبر النفاذ

---

[1] محمد عبد العال السنياري، تطوّر مبدأ المشروعية من الفردية الشكلية الى الموضوعية والمذهبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ.

[2] Bouchahda, Keloufi, Recueil, op.cit.

[3] Danièlle Loschak, Le Rôle politique du juge administratif français, L.G.D.J, 1972.

[4] ستظهر في المطلب الثاني.

[5] المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية)، قضية (ح.م) بلدية الشراقة، بتاريخ 94/07/24 منشور في المجلة القضائية.

يرتب حقوقا لصالح الأفراد بمجرد التوقيع عليه، يبرز هذا الاجتهاد، رغم ما يظهر عليه من البساطة، تحولا في مضمون الشرعية، فهي ليست فقط امتيازات سلطة عامة، فقد تتحول الى شرعية تمنح الأولوية للفرد على السلطة العامة.

وقد أبان القاضي الإداري عن حرص وتشبث باجتهاداته ودعمها، مما يظهر استمرارية وجد لها سندا في التوجه الدستوري الجديد سواء من خلال أخذه المباشر بالأحكام الدستورية، كما رأينا، أو من خلال التأثّر عبر المباشر، باجتهاد المجلس الدستوري.

ولعل أهم اجتهاد ما تناولناه في مضمون قرار "سعيدي رابح" (المبحث السابق)، حيث يعد مضمونه تحولا في مضمون الشرعية، فقد أقام تعريفا جديدا لوظيفة القانون من حيث هو تجسيد للحقوق والحريات، والذي رتب عليه الطابع الالزامي للقرار الإداري، فقد أقام الصلة بين امتياز السلطة العامة وضمانة الحقوق، فلم يكتفي بتأسيسها دستوريا بل اعتبر امتياز الطابع التنفيذي والالزامي وسيلة لتحقيق الحقوق والحريات، ويبدو لنا، أن اجتهاد مجلس الدولة في هذا القرار تجاوز اجتهاد قرار Huglo[1] لمجس الدولة الفرنسي، كما سبق ذكره.

وقد أكّد قرار مجلس الدولة[2] بشكل قوي وواضح تصوره الواضح للامتيازات الإدارة حيث أنّها يجب أن تجسد الحقوق الدستورية، فهذا الاجتهاد المقتضب في حيثيته والمتأخر يحمل مضمونا دستوريا كثيفا يستغرق في مكامنه فرضيات دسترة قوية بما ترتبه من قيود شديدة على العمل الإداري ووسائل مباشرته.

إنّ هذه الدسترة "الجنينية" التي طبعت الاجتهاد القضائي الإداري، خاصة، بعد دستور 23 فبراير 1989، تملك اسسا فاعلة في الدستور حيث منح المؤسس الدستوري سلطات للقاضي تسمح له، بتعظيم دوره في مجال المنازعات الإدارية، بما يحول قراراته ويكسبها قوة وفعالية (الفقرة الثانية)

الفقرة الثانية: دور القاضي: دعم سلطاته كمتطلّب دستوري

اكتسب القاضي الإداري كأحد فواعل "الدسترة" سلطة التفسير (1)، تدعّمت بالسلطات الجديدة التي وفّرها المشرّع بحكم المتطلبات الدستوري (2).

[1] Chevalier Note sous C.E 1982Huglo. A.J.D.A. 1983.

[2] مجلس الدولة، قضية المجند في الجيش الفرنسي، ضد وزير الداخلية، سبق تناوله.

(1) ظلت مسألة السلطة المعيارية للقاضي محلّ جدل ونقاش حيث اعتبر Bechillon أنّ القاضي يمتلك السلطة المعيارية، والتي، هي، في الحقيقة، نتيجة ضرورية للسلطة القضائية[1]، في محاولته لتأكيد مكانته ضمن مجموعة واسعة من السلطات، على اعتبار أنّ: «التفسير ما هو إلا خطاب المفسّرين»[2][*].

فالتفسير ضرورة، بحكم أنّه يتدخّل في مناطق الظل، للقضاء على الغموض، والذي قد يعتري النصوص، والذي قد يخلق الارتياب والتردد المؤدي الى سوء التطبيق الناتج عن سوء التفسير، والذي قد تكون نتيجته إنكار العدالة، وبطريقة غير مقصودة.

وتتبع الصعوبة، بالنسبة للقاض لكونه ينافس من قبل الإدارة التي تملك سلطة معيارية، كما رأينا، فتحديده للمعنى الذي يعدّ "أصيلا" authentique حيث يرتبط "فعل الإرادة" ويتوحّد مع "عملية المعرفة"[3].

يخضع التفسير الى التأطير بواسطة النظام القضائي، فالمحاكم العليا تملك سلطة تمنح هذا التفسير صفة الاجتهاد، وقد منح المؤسس الدستوري لمجلس الدولة صفة الهيئة المقوّمة لأعمال الجهات القضائية الإدارية (2/152)، حيث اقترن ذلك بتأسيسه الدستوري بما يسقط الشك والتساؤل حول امتلاكه لسلطة التفسير حيث اقترن بوظيفة الجهات القضائية العليا.

وقد لعب مجلس الدولة الفرنسي دوراً مفسّراً، أسهم في توضيح مفاهيم أساسية في القانون الإداري، فكان من بين مشيّدي دستور أكتوبر 1958، حيث تمّ دسترة مالك السلطة التنظيميةبعد ما كان مجرّد اجتهاد قضائي[4]، بما جعل Vedel يعتبر أنّ هناك: «تأثير للقانون الإداري على الدستور»[5] une administrativité.

يمكننا القول والتأكيد بأنّ مجلس الدولة الجزائري، قد كسب دوره دستوريا، ابتداء abinitio، فهو مؤهل للقيام بذلك، فهو يملك الوسائل القانونية عبر وظيفية الدستورية التي تجد أساسها في المادة 152/الفقرة الثالثة حيث: «تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون».

---

[1] Denys de Béchillon, op.cit.

[2] Riccardo Guastini, Interprétation et description de normes in : P. Amselek (dir) Interprétation et droit, Bruylant, P.U.A.M, 1995, p 93.

[*]« l'interprétation n'est que le discours des interprètes»

[3] Jacques Chevallier, les interprètes du droit in : P. Amselek (dir) Interprétation et droit Bruylant, P.U.A.M, 1995, p 119.

[4] J. Massot, Le Conseil d'État, artisan du droit constitutionnel de la Ve République.

[5] Vedel G., L'apport, op.cit.

وهكذا، فقد فصل في أمر امتلاك القاضي للسلطة المعيارية عبر دسترة وظيفته الاجتهادية، التي تهدف الى التوحيد كما حدده النص الدستوري، وبذلك فهو يسهم: «(...) في منع الانحراف الذي تتشعب فيه المعاني، (...)، بما يضمن وحدة النظام القانوني (...)»[1]*.

لا شك أن هذه الدسترة الواضحة ستمنح القاضي الإداري في المستقبل قوة دفع، وحيث سيجد فيها أساسا يستند اليه ليبدد التخوفات والترددات، وقد كان الامر كذلك، كما دلنا عليه في البحث، حيث سجلنا جرأة للقاضي الإداري، واجتهاداتقوية، رغم التقطعات والانكفاء الذي طبع اجتهاداته الأخيرة مما جعل بعض الأستاذة يصفونه بأنه غير مكتمل.

يوفر الدستور للقاضي الإداري، والقاضي عموما أساسا لسلطته التفسيرية، وإطارلإعمال هذه السلطة، فهذا التأطير المزدوج، قد وجدنا له اسسه الشكلية كما ذكرنا في الفقرة السابقة، وكذا سلطة تفسير الدستور، فقد عُدَّ ذلك:«محايث للنشاط القضائي»[2]*ونرى، أنّ هذا الحكم ينطبق لتطابق التصور المتعلق بالرقابة الدستورية واثار الدسترة.

وقد سجلنا أنّ السلطة المعيارية للقاضي الإداري، عبر اجتهاده بخلق المبادئ العامة للقانون، قد ظهرت مبكرا والتي لم تكن تعتمد على نصوص، وقد تمت بدون وجود دستور لمدة طويلة[3]، والتي تمت دسترتها في دستور 22تنوفبر 1976[4].

فقد أصبحت تلك المبادئ العامة للقانون مبادئ دستورية، في نظر القاضي، ففي قرار القاضي ضد مجلس الأعلى للقضاء استند القاضي الى المبادئ العامة للقانون لتجاوز المادة 2/99 من القانون الأساسي للقضاء، ليتجاوز نقصا تشريعيا، ويعرض تفسيره، كما ان قاضي مجلس الدولة قد قام بتفسير المعيار الدستوري الناتج عن المادة 85، وإعطاء معنى وتدقيقه وترتيب اثار ذلك. وقد رأينا، كيف طبق وفسر مجلس الدولة المادة 44 من دستور نوفمبر 1996 في غياب نص واضح فيما يتعلق بفئة معينة من المواطنين الجزائريين. والحقيقة، ان الإطار الدستوري يمنح القاضي الإداري الأساس لسياسته

---

[1] Chevaliern op.cit.

* الترجمة للطالب

[2] Y. Aguila, Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, R.F.D.C, N°21, 1995, p13.

* الترجمة للطالب.

[3] نظام ما يسمّى بالدستور الصغير أمر 10 جويلية 1965 (1965-1976).

[4] Mahioun la constitution et les P.G.D

الاجتهادية المتمحورة حول حماية الحقوق والحريات، فغالب ما تناولناه، في اجتهاداته تصب في هذا الاتجاه بما يؤكد ما ذهب رجل القانون[1] حول توجه القانون العام الى نطريه حقوق الانسان.

تسمح هذه السلطة المعيارية للقاضي الإداري، والمكرسة دستوريا، بان يلعب دورا مهما، وصفته الأستاذة Loschack بالدور "السياسي"[2] نظرا لإسهامه في بناء النظام القانوني الفرنسي عبر اجتهاداته التي استقاها من فلسفة الدستور الفرنسي "الليبرالي"، وخاصة بحكم غياب الدسترة، فلم يكن النص الدستوري يكتسب الطابع المعياري القانوني، كما عبّر عنه Burdeau بـ: "بقاء الدستور"[3]، وقد أكسب قرار مجلس المنافسة لسنة 1987، والذي دستر دعوى تجاوز السلطة، بما ترتب عنها من نظام قانوني دستوري[4]، والتي كانت مقدمة لمنح القاضي الاداري سلطات كبيرة تجسّدت في قانون 08 فبراير 1995 والنصوص المتعلقة بالاستعجال الإداري لسنة 2000[5].

ومهما يكن، فإنّ القاضي الإداري الجزائري قد اكتسب كل مقوّمات القاضي المجتهد، من حيث الأسس الدستورية لتلك السلطة، بخلاف ما يذهب إليه الباحث الأفريقي حيث كتب عن الاجتهاد السنغالي: «أنّه، رغم بعض محاولات الاجتهاد الإداري السنغالي، فإنّه لم يكتسب وظيفة معيارية حقيقية»، وليعمّم ذلك على كل إفريقيا، والتي يراه الباحث نتيجة للعوائق التي تعترض إعمال السلطة المعيارية للقاضي الإفريقي[6]، وقد أظهر القاضي الإداري اجتهادا مميّزا على فترات متقطّعة، وإن كان ذلك لا يشتمل كل اجتهاداته التي اقتضت آراء الأساتذة في تقييمهم للاجتهاد القضائي وتقاعس القاضي عن اجتهاده، فرصدنا للاجتهاد، على فترات طويلة، وإن غابت الشفافية (غياب النشر المنظّم والمنتظم)، يجعلنا نقرّ بنوعيّة كثيرة من الاجتهادات التي عرضناها، وإن لم يُسعفنا الحظ في تقرير استقرارها واستمراريتها.

---

[1]Sabete Wagdi, "Quelle Théorie de la Science juridique?, R.D.P. N°5, 2000, op.cit.
[2] Danièle Lochak, le rôle politique du juge administratif, op.cit.
[3] Burdeau, la constitution : une survivance.
[4] Bernard LUISIN, la constitutionnalisation du recours pour excès de pouvoir in : «la constitutionnalisation, des différents branches du droit.
[5] Roland Vandermeeren, La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif, A.J.D.A, 2000, p706
[6] Mamadou Demba M'BAYE, Le Juge administratif et la Constitution de l'attractivité Droit Public française dans L'espace africain francophone, Thèse l'Université Montesquieu Bordeaux IV, Ecole doctorat de droit.

وقد كانت ضرورة منح القاضي الإداري الوسائل الضرورية لتكييفها مع المتطلّبات الدستورية التي فرضتها الدسترة القوية للقضاء الإداري في دستور 28 نوفمبر 1996، كما خلصنا اليه في خلاصة عملنا البحثي السابق[1].

(2) كانت النتيجة الأبرز للتوجه الذاتي للقضاء الإداري التي كرستها الدسترة الحاملة لمضمون ضمانة الحقوق والحريات، هو منح القاضي الاداري لوسائل يوجه بها الإدارة، خاصة ما تعلق منها بالتنفيذ، فقد استفاد امر تنفيذ القرارات القضائية، بشكل عام ومبدئي من دسترة مستمرة حيث أكدت كل النصوص الدستورية على نفس المضمون حيث نصت على أنّ: «على كل أجهزة الدولة المختصة، أنْ تقوم في كل وقت وفي كل مكان وفي كل الظروف، بتنفيذ لأحكام القضائية»، وهي نفسها المكادة 171 في دستور 1976 والتي أصبحت المادة 136 من دستور 23 فبراير 1989، لتصبح المادة 145 في دستور 28 نوفمبر 1996.

والحقيقة، أنّ أكثر الصعوبات ما تعلق بتنفيذ الاحكام القضائية ضد الإدارة، والتي وجدت بعض حلولها في القانون الصادر سنة 1975، والذي تدعم بالقانون 91-02الذي انصب على تنفيذ أحكام القضاء الإداري في مجال التعويض دون قرارات الإلغاء، مما يظهر تغليب المشرع للجانب الذاتي subjectif للمنازعة الإدارية، فهو توجه يعود الى فترة قبل موجة الحريات، مما يبرز أنه توجه عميق.

وقد وجدت هذه الدسترة تجسيدا لها، في السلطات الممنوحة للقاضي الإداري في مجال تنفيذ قراراتها في مواجهة الإدارة، بصدور القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

فقد نص المشرّع في هذا القانون على سلطة القاضي الإداري في توجيه الاوامر للإدارة injonctions، وكذا فرض غرامات تهديدية les astreintes، وقد دعمها بتقوية قضاء الاستعجال الإداري، لحماية الخدمات الأساسية عموما، وبالخصوص الحرية الاقتصادية، فيما يخص العقود والصفقات العمومية، والتي رأينا بعض امثلتها من حيث أصبحت محركا قويا للدسترة.

استمد القاضي الإداري حيوية جديدة بحكم الدسترة الكثيفة التي استفاد منها، وخاصة في التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996، سواء من حيث مركزه الدستوري، وكذا من حيث اختصاصه وتنظيمه[3].

---

[1] مذكرة ماجيستير حول الأسس الدستورية للرقابة الشرعية

[2] القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] مذكرتنا لنيل شهادة الماجستير " الأسس الدستورية لرقابة الشرعية"

يستفاد من هذه الدسترة الكثيفة النية لدى المؤسس الدستوري في تقوية الرقابة القضائية على استعمال امتيازات السلطة العامة حيث: «ينظر القضاء في قرارات السلطات الإدارية» (المادة 143)، نستنتج من صياغة المادة الدستورية استعماله لمصطلح "قرارات السلطات الإدارية"، بدل المصطلحات المتشابهة كالإدارة العمومية او المرافق العمومية أو الدولة أو الجماعات الإقليمية التي استعملها في مواضع دستورية أخرى، كما في المواد: 15 و16 و18 و170 حيث ذكرها بالتعداد والحصر، فأمر الاصطلاح الدستوري ليس عفويا، كما رأينا[1]، فمصطلح "سلطات إدارية" يحيلنا ليس الى مفهوم الشخص العمومي، كما ركز عليه المجلس الدستوري في قرار محافظة الجزائر الكبرى[2] بشأن الجماعات الإقليمية، بل الى إحدى الامتيازات الإدارية، ألا وهي القرارات الإدارية، يفيد ذلك في انصراف إرادة المؤسس الدستوري الى ان تنصب رقابة القاضي على هذه الامتيازات التي تعد نواة السلطة الإدارية بما يذكرنا بنفس المنطق الذي حرك القاضي الدستوري الفرنسي في قراره الشهير: قرار مجلس المنافسة[3]* حيث ذكر في حيثيته أنّه : «(...)، يعود (...) الى اختصاص القضاء الإداري إلغاء أو تعديل القرارات المتخذة في إطار ممارسة امتيازات السلطة العامة من قبل الهيئات الممارسة التنفيذية»*، حيث جعل بعض رجال القانون الفرنسيين يعلقون أن: «القاضي الإداري هو "قاضي السلطة العامة"»[4].

يمكننا ان نلاحظ أن هذه المكانة الدستورية، وخاصة من حيث استقلالية القضاء المكرسة دستوريا قد منحت القاضي عموما، والقاضي الإداري خصوصا له سلطة، وان كانت معنوية، ولتغرس لديه قناعة وتدعم سلطته، ولتكون سندا دستوريا لدفعة الى الجرأة والاجتهاد على ضوء تلك المكانة، وقد اعتمد القاضي الإداري في قضيته جمعية "الأمل"[5] على تلك الاستقلالية المقررة في المادة 138 من الدستور: «السلطة القضائية مستقلة» (...) ليقرر اختصاصه، ويستند اليها بالأساس، مما يظهر أثر تلك الخاصية في دفع القاضي ومنحة السلطة في مواجهة قرار والي وهران بحل الجمعية.

---

[1] الباب الأول، الفصل الأول، المبحث الأول، المطلب الأول.

[2] سبق تناوله

[3] D.C. conseil de concurrence, in : «les grandes décisions du conseil constitutionnel», 8° Edition, Dalloz, commentaire Louis Favoreu et Loïc Philip, 1995, p687.

* «(…) relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif»

[4] Jean Pierre Bizeau, le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique, A.J.D.A, 20 mars 1992, p181.

[5] سبق تناولها.

وقد اكتسب القاضي الإداري جرأة كبيرة في تقرير كثير من القواعد الجديدة، تأثرا بالحقبة الدستورية لما بعد 23 فبراير 1989، حيث واجه الإدارة المتحصنة بالامتيازات والتي تعمل في نوع من "الظلامية" التي تصعب في مواجهتها قانونيا من قبل أفراد معزولين، وقد طور اجتهاد يحاول فيه القاضي الإداري دفع الإدارة الى أكثر شفافية في عملها رغم وجود نص المرسوم رقم 88-131 المحدد لعلاقة الإدارة بالمواطن الصادر بتاريخ 04 جويلية 1988، ففي قرار صادر سنة 1994 عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا[1]، فقد اعتبر: «(...) أنّ عدم تقديم القرار المطعون فيه مع العريضة الافتتاحية في آن واحد لا يمكن أن يعتبر سببا كافيا لعدم القبول»، وليواصل تسبيب قراره فقد اعتبر: «قضاة الدرجة الأولى المقتنعين باستحالة تقديم المقرر المطعون فيه من طرف الطاعن لعدم تبليغه له هم المخولون بإجبار الإدارة مصدرة القرار على تقديم نسخة منه، وكذا باستخلاص النتائج الواجب استخلاصها عند الاقتضاء» (انتهت الحيثية).

والحقيقة أنّ كثيرا من اجتهادات القضاء الإداري التي قدمت للمتقاضين وقلّصت من غموض الإدارة وتعسفها في المسار النزاعي سجلوا كثيرا منها قد أصبحت مقننة في القانون 08-09[2].

إنّنا نشهد تزايد الاجتهاد القاضي الإداري في مجال حماية الحريات بحكم اعتبار أنّه قاضي، وجزء من السلطة القضائية (كما جاء في حيثية رأي المجلس الدستوري حول القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة)، حيث لم تطرح لدينا الاشكالية الفرنسية نتيجة لحصر المؤسس الدستوري الفرنسي لمهمة حماية الحريات على القاضي العدلي (المادة 66 من دستور 1958)، فالقاضي الجزائري سواء كان إداريا أو عاديا فهو مكلف بنفس المهمة الدستورية في حماية الحريات، متجاوزا، بذلك الإشكالية الناتجة عن الازدواجية القضائية[3] في فرنسا والتي أدت الى تعقيد الحلول القضائية ومما جعل القاضي الإداري في اجتهادية وضعية دفاع ورد على جرأة القاضي العدلي.

وقد دفع ذلك التمدد الناتج عن حيوية القاضي العدلي التي تجد محركها في المادة 66 من الدستور الفرنسي التي تجعله حامي الحريات، الى ان يتطور اجتهاد مجلس الدولة، حيث كتب الأستاذ Van

---

[1] المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، قرار رقم 117973، جلسة: 1994/07/24، منشور في مجلة المجلس الدولة، العدد 01، سنة 2002، ص 73.

[2] خاصة في قضاء الاستعجال وشروطه.

[3] Agathe Van Lang, Le dualisme juridictionnel en France une question toujours d'actualité, A,J,D,A, 26 septembre 2005, p1760.

lang: «لم يكن بالإمكان لمجلس الدولة أن يكون مبدعا، ولأن يصبح القانون الإداري دقيقا بدون توجيه القاضي العدلي»[1]*.

وقد طرح التساؤل عن الازدواجية القضائية، ومستقبلها في النظام الفرنسي، على ضوء الدسترة والاوربة والتي تعرض لها القاضي الإداري الفرنسي حيث يرى الأستاذY. Gaudemet أنّ: «مستقبل القاضي الإداري يتجسد في كونه قاضي، أكثر من كونه قاضي إداري»[2]، وهو ماتفاداه المؤسس الدستوري بأن وحد المهمة الدستورية للقضاء (إداريا أو عاديا)، كما جعلهما يمارسان في إطار سلطة واحدة، كم ذكرنا، مما أبعد القضاء على إشكاليات وتعقيدات النظام القضائي الفرنسي.

ومهما تكن وحدة المهمة فيما يتعلق بحماية الحريات بين الجهتين القضائيتين، فإننا يمكن أن نلاحظ أن السلطات الممنوحة له في القانون رقم 08-09، وخاصة ما نصت عليه المادة 920 منه من سلطة القاضي الإداري في تقدير المساس الحريات الأساسية أثناء ممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة، وهو أوسع من سلطة القاضي الإداري الذي لا ينظر بناء على طلب صريح، وهي بذلك تسهّل على القاضي العادي في تأسيس قراراته ببساطة، وعلى أساس واضح، فهو أساس نصي، ليتجاوز التأسيس على عيب "الاعتداء المادي"[3]، الذي يطرح صعوبة تكييف الأفعال المنسوبة الى الإدارة، أو التي "لا يمكن ربطها بأي سلطة إدارية"، وبالتالي، سيؤدي الى تبسيط شروط تحقق هذه الحالات الجديدة للاستعجال المتعلق بالحريات الأساسية، وكذا يقلل من الاستعمال المفرط من قبل المتقاضين لحالة "الاعتداء المادي" والتي سمحت بها أحكام المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الملغى والتي أدت الى الدمج بين المساس بالحريات الأساسية وحالة الاعتداء المادي، كما كان الحال في قرار اتحاد البنوك Union Bank ضد محافظ البنك المركزي[4] حيث أثار المدعي كأسس، مجموعة من العيوب أخلط فيها بينهما، والتي لقيت استجابة من القاضي مستغربة حيث تبرز حيرة القاضي في هذا القرار وليتخلى على الاستناد الى حالة الاعتداء المادي في قراراته اللاحقة حيث اصبح يستند صراحة على المساس بالحريات والحقوق الأساسية، وحتى قبل صدور أحكام حالات الاستعجال في القانون 08-09.

---

[1] Ibidem, p1761 : «(…),le Conseil D'Etat n'aurait certainement pas été aussi créatif, ni le droit administratif aussi perfectionné, sans l'aiguillon du juge judiciaire.»

*الترجمة للطالب

[2] Cité par Van Lang, p.1761.

[3] بشير يلس شاوش، الاعتداء المادي، قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى الصادر فقي 25 مارس 1989، م.س. ضد وزير العدل،مجلة إدارة، السنة 2001، ص 211.

[4] أمر استعجالي رقم قضية اتحاد البنوك ضد محافظ بنك الجزائري

والحقيقة، أنّ تطور وضعية قضاء الاستعجال قد عرفت تسارعا في كل الأنظمة المقارنة، وخاصة في النظام الفرنسي، فنعدّ ما كان القضاء الفرنسي لا يعرف لها مكاناً، فقد كان يرى في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية مساسا بامتيازات السلطة العامة، فهو من اعتبر امتياز الإدارة أحد أهم قواعد القانون العام الفرنسي كما جاء في قرار مجلس الدولة Huglo (1982). فقد شغل مكاناً هامشيّا في اجتهاد مجلس الدولة، حتّى جاء اجتهاد المجلس الدستوري الذي منحه مكانةً دستورية[1]، في قرار مجلس المنافسة لسنة 1987 (رقم 86-224)، والذي تدعّمت في قرار المجلس الأعلى للسمعي البصري حيث اعتبر وقف التنفيذ «حجر الزاوية في حماية حقوق المتقاضي»[2]، لمواجهة سلطة العقاب المعترف بها للسلطة الضبطية[3].

أدّت دسترة وقف التنفيذ الى نتائج كبيرة في النظام الفرنسي، القائم على الحماية شبه المطلقة لامتيازات الإدارة، وخاصة امتياز الأولوية، وقد كان الاعتراف من قبل المجلس الدستوري بهذه المكانة بما كان يعتبر اجراء استثنائيا، بالنظر لخطورة السلطة العقابية الممنوحة لهذا النوع من السلطات الإدارية المستقلّة ففي منطق التوفيق حيث ذكر في حيثيته انّه: «نظراً للطبيعة الغير قضائية لمجلس المنافسة وكذا مجال الأوامر وشدّة العقوبات المالية التي يمكن أن يقرّرها فإنّ من حق المتقاضي أن يقدّم طعنا ضدّ هذه الهيئة أن يطلب ويحصل، في أقصى الحالات وقف التنفيذ في قرار المطعون فيه، الذي يشكّل ضمانة أساسية في حقوق الدفاع»[4][*].

كان من بين الآثار المهمة ما ذكرناه، هو صدور نص 30 جوان 2000 حول الاستعجال المتعلّق بالحريات le référé liberté والتي دفعت الى التنبؤ بـ: "ظهور قانون إداري للحريات الأساسية"[5].

وقد كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مناسبة لتجسيد تلك المتطلّبات الدستورية، فقد أدرج مجموعة الإصلاحات متأثّرا بالقانون الفرنسي، لترسم التوجّهات الجديدة، حيث كرّست بعض الاجتهادات القضائية ومنحتها الطابع التشريعي. وقد نالت الدعوى الاستعجالية لوقف التنفيذ صدى لدى القضاء لم يكن متوقّعا بالنظر للمكانة السابقة التي كانت له باعتبار دعوى استثنائية، وقد جاءت صياغتها في النص

---

[1] Stavros Tsiklitiras, Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif, R.D.P, P679.

[2] Ibidem, P695.

[3] J. Chevalier, De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel, A.J.D.A, 1989, P59

[4] D.C.C.C. N°86-224, in G.D.C.C, P699

[*] «Considération, compte-tenu de la nature non juridictionnelle du Conseil de la Concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable de demender et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense.»

[5] Eric Sales, Op.cit.

الجديد في سياق أوسع، بما يمنحها خصوصية تكون مقدمة لآثار كثيرة في عمل المتقاضين واجتهاد القاضي الإداري.

ولكنّنا لاحظنا أنّ دعوى وقف التنفيذ لم تستفد من أي تكريس دستوري واضح، وهو أمر واضح حيث أنّ الدسترة الفرنسية انصبّت عليها كأحد مكونات حقوق الدفاع. وقياسا، فإنّه يمكن تكييف وقف التنفيذ كضمانة دستورية باعتبارها أحد مكوّنات حق الدفاع، المكرس في المادة 151 من دستور نوفمبر 1996، وقد دعم هذا التكييف اجتهاد مجلس الدولة[1] عندما اعتبر أنّ القاعدة (الاستدعاء للمثول) يعدّ: «(...) من النظام العام وعدم احترامها يعدّ خرقا لحق الدفاع المضمون دستوريا، وبالتالي يُبرّر وقف التنفيذ»، مما يعدّ تأكيد للمكانة متميّزة انتهت بتوسيع نطاقه في النص الأخير، كما أشرنا له، حيث أنّه، ورغم اعتباره أمر استثنائياً، فإنّ قاضي مجلس الدولة يقضي بوقف التنفيذ حتّى بالنسبة للقرارت الأكثر طرحا للجدال (كما في النظام الفرنسي)، كقرارات طرد الجانب من التراب الوطني، ومثاله القرار الصادر عن مجلس الدولة[2] بتاريخ الجلسة ليوم 2002/08/14 الذي قضى بوقف تنفيذ قرار طرد الصدر عن وزير الدولة وزير الداخلية.

ولعلّ التطوّر الأهم هو تأسيس الدعوى الاستعجالية لحماية الحرّيات الأساسية.

تبدو الدعوى كدعوى قائمة بذاتها، فقد خصّها المشرّع بصياغة تفيد ذلك، فقد نصّت المادة 920 على أنّه: «يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات.

يفصل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب».

ينتج عن وجود هذه الدعوى الاستعجالية لحماية الحريّات الأساسية كوجود مستقل عن دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، تعضيد أو تقوية لسلطات القاضي الإداري في مجال الحريّات الأساسية التي تعدّ الموضوع الأساسي للدسترة الحديثة، كما طوّرها ونظّمها الأستاذ Favoreu، فيكتسب القاضي الإداري آلية جديدة وفعّالة للقيام بوظيفته الدستورية.

---

[1] مجلس الدولة قرار رقم 10349، تاريخ الجلسة 2002/04/30، مجلة مجلس الدولة، العدد 02.
[2] مجلس الدولة (الغرفة الخامسة) ، قرار رقم 013772، مجلّة مجلس الدولة العدد 02، ص 221.

وقد أوردنا بعض الأوامر الاستعجالية للمحكمة الإدارية للأغواط حيث استند القاضي الى المادة 920 ليرتّب نتائج عظيمة[1]، مجموعة من الحريّات، ولعلّ أهمّها حرية الجماعات الإقليمية فيمكننا القول أنّه اعتبر تلك الحرّية كحرّية أساسية، بدون أن تكون قد طرحت من قبل رجال القانون أو المتقاضين، في اجتهاد جريء لتجد إجابة مطروحة في النظام الفرنسي من قبل الأستاذ Favoreu وA. Roux[2]، بمناسبة قرار مجلس الدولة Venelles (18 جانفي 2001)، حيث أنّه تطبيقا لدعوى الاستعجال للدفاع عن الحريّات الأساسية طرح السؤال حول إن كانت حرية الجماعات الإقليمية حرية أساسية، فأجاب مجلس الدولة بالإيجاب في هذا القرار. وقد كان الأمر مشابه في الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية في الاغواط فقد أثاره القاضي، في الدعوى الاستعجالية لحماية الحريات الأساسية، بما يفيد تكييفه للامركزية بأنّها حريّة أساسية، بالاستناد الى حريّة الانتخاب كما نصّت المادة 10 دون ذكر المادة 16 من الدستور مباشرة، فهي "مبدأ من طبيعة مؤسسية أو عضوية"، المرتبطة بوجود مجلس منتخب.

يبرز هذا القرار (الأمر الاستعجالي للدفاع عن الحريات الأساسية) انخراط القاضي الإداري في مسار تجسيد الدستور عبر الدفاع عن مضمونه من الحريّات، وقد سبق وأن ذُكر قرار مجلس الدولة محافظ بنك الجزائر ضدّ اتحاد البنوك Union Bank رقم 001496 الذي جاء في حيثيته: «إنّ رئيس مجلس الدولة عندما لاحظ المساس الغير مسبب بالنشاط اليومي ليونين بنك قد حافظ على الحرية الأساسية للتجارة والصناعة كما ينص عليه الدستور في مادته 37 إنّ هذا المساس بحرية أساسية مضمونة من طرف الدستور بقرار غير مسبب وبالتالي مخالف للمبادئ العامة[3]». وقد صدر هذا القرار قبل تأسيس الدعوة الجديدة، فذلك يظهر ان المضمون المتعلق بالحريات الأساسية بحكم طابعها الدستوري يحرك القاضي انطلاقا من وظيفته الدستورية المنصوص عليها في المادة 139 منه، وأن الالية الجديدة وسيلة مدعمة لإطار دستوري موجود بفلسفته واسسه.

نستنتج أن تضافر عوامل الدسترة وكذا النص الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، سواء ما تعلق بسلطات القاض في مجال تنفيذ القرارات القضائية وكذا في مجال الاستعجال الإداري في حماية الحريات الاساسية، قد وفر للفرد ضمانات تحميه من استعمال امتيازات السلطة العامة.

أدى ذلك كله في اجتهاد قضائي، قام بواسطته مجلس الدولة، والقضاء الإداري عموما، بوضع نظام قانوني "مدستر" يحكم عمل السلطات الإدارية (المطلب الثاني).

---

[1] سبق تناولها في "المطلب الثاني-المبحث الأول من الفصل السابق".

[2] Favoreu Louis, Roux André, La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, N°12/2002, p88.

[3] قرار مجلس الدولة بتاريخ 2000/04/24، قضية محافظ بنك الجزائر ضد يونين بنك، ملف رقم 001496، منشور في غني امينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هوما، 2014، ص111

الفرع الثاني: الحماية الدستورية للصالح العام

لا يكرس المؤسس الدستوري اصطلاحا واضحا للصالح العام، إلا عبر بعض التعبيرات بشكل مبعثر كالمادة 161 من الدستور[1]، ولم نعثر على ذلك في آراء وقرارات مجلس الدستوري، ولم يكن موضوعا لدراسة نظرية وقانونية في النظام القانوني الجزائري، مقارنة بكثرة الدراسات في النظام الفرنسي.

ورغم ذلك فإنّنا يمكن أن نستنتج رسم المؤسس الدستوري لإطار عام، سواء من خلال تحديد دستوري لمجال لصالح العام (الفقرة الاولى)، وليضع مبادئ حمايته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التحديد الدستوري لمجال الصالح العام

يتفق معظم رجال القانون على صعوبة تعريف مفهوم الصالح العام[2]، حيث كان موضوع اهتمام دائم، بحكم أهميته في الخطاب السياسي والقانوني.

ومما لا شك فيه أن معيار الصالح العام يمثل مبرر لرسم مجال القانون الإداري، وكذا لتطبيقه، ولكنه لم برقى في ان يعتمد كمعيار قانوني حاسم، سواء في مجال انطباق القانون الإداري أو في تحديد مجال اختصاص القاضي الإداري، فقد بقي معيارا احتياطيا critère résiduel في النظام القانوني الفرنسي، انطلاقا من اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي[3]، وفي اجتهاد المجلس الدستوري[4].

وما زال مجالا للدراسة والتساؤلات بحكم التحولات التي عرفها المجال العمومي[5].

ومهما يكن من عدم دقة مفهوم الصالح العام، فإنّنا يمكن أن نؤكد انطلاقا من الدستور أنه قائم على أساس التمييز بين الصالح العام، والمصالح الخاصة (1)، وليكرس مفهوما شموليا للصالح العام (2).

(1) يمكننا تأسيس فكرة الصالح العام دستوريا بالاستناد على احكام دستورية، وخاصة المادة 21 حيث تنص على أنّه: «لايمكن أن تكون الوظائف في مؤسّسات الّدولة مصدر اللثّراء، ولا وسيلة لخدمة

---

[1] مثلا: المادة 161 من الدستور التي تنص على أنّه: «يمكن كلّ غرفة من البرلمان، في إطار اختصاصاتها، أن تنشئ في أيّ وقت لجان تحقيق في قضايا ذات مصلحة عامة.»

[2] Demichel, op.cit., p102.

[3] D. Truchet, l'intérêt général dans la jurisprudence du conseil D'Etat, L.G.D.J.

[4] Marie-Pauline Deswarte, d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, R.F.D.C, N°13, 1993.

[5] Conseil d'état (Français), Rapport public : «Réflexions sur l'intérêt général», rédiges par Raphaël Hadas-label.

المصالح الخاصة.» فلا يمكننا معرفة مضمون المادة إلا على ضوء المنطق الدستوري عموما، وكذا بعض أحكامه، فقد جاءت تالية للمواد المتعلقة بالملكية العامة(المادة 17 من الدستور)، وما تعلق بنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة (المادة 20)، وتبعها المواد: 22 و23 والتي تعد تكملة لها، من حيث ترتيبها للجزاء على مخالفة المبادئ المنصوص عليها في احكامها، حيث أعتبر خرقها بمثابة تعسفا في استعمال السلطة (المادة 22)، وتحيزا (المادة 23).

نستنتج من مضمون المادة 21 تحديدا سلبيا للصالح العام بالنظر للمصالح الخاصة، قائم على أساس التمييز بين الصالح العام والمصالح الخاصة.

فالفصل بينهما يعدّ ضرورة دستورية، فتبني نظام ديمقراطي ليبرالي أثر على مفهوم الصالح العام، فقد أصبحت الحريات الفردية والملكية الفردية هي أساس النظام الدستوري المعتمد منذ دستور 23 فبراير 1989[1]، مما يهدد بتقليص مجال الصالح العام، وكذا بالاعتداء عليه، فإذا كانت الحريات الفردية قد استفادت من ضمانات دستورية كثيفة، واعتبر المجلس الدستوري أن حمايتها تعد سبيلا وأساسا لإقامة «مجتمع ديمقراطي»، كما جاء اصطلاحا في حيثية قرار المجلس الدستوري الأول حول قانون الانتخابات حيث نصت على أنّه:« لا يمكن أن تكون ممارسة هذا الحق موضوع تضييقات ضرورية فقط في مجتمع ديمقراطي، بغية حماية الحريات والحقوق الواردة في الدستور، ثم ضمان أثرها الكامل»[2]، وبالتالي، نستنتج أن الأصل هو حماية الحقوق والحريات الفردية، وأن الصالح العام بعد أمرا استثنائيا.

وهكذا، يصبح التمييز والفصل بينها ضرورة، كما كتب الأستاذ Truchet[3]، بل إننا نعتبر ذلك ضرورة دستورية، لحماية الصالح العام من الطغيان الدستوري للحقوق والحريات الفردية.

نستنتج أنّ مجال الصالح العام مجال محصور واحتياطي résiduel، وهو نتيجة لتبني تصور ليبرالي للمصلحة العامة، فـ: «الصالح العام هو الطابع المكرس رسميا للدولة البرجوازية (...) فهي خارج الصراعات الاجتماعية فمهمتها (...) هي حل (...) وتجاوز تلك الصراعات الاجتماعية بفرض تحقيق

---

1 تناولناه عبر قرار عثمان محمد في الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الأول: "النظام العام الجديد".

2 «(…) L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions nécessaires, dans société démocratique, pour protéger les libertés et les droits énoncées dans la constitution et en garantir le plein effet».

3 D. Truchet, plaidoyer par une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel, A.J.D.A 26 septembre 2005.

الصالح العام»[1]*، ليخلص الأستاذ Demichel الى أنّ: «تصور الصالح العام كمصلحة خصوصية للمجتمع، متميزا بكنهه عن المصالح الخاصة»[2].

والحقيقة ان هذا التصور الليبرالي موجود ردى القاضي الإداري، رغم صدور هذا الاجتهاد في الفترة الاشتراكية، وذلك باستعماله لعيب الانحراف في استعمال السلطة détournement de pouvoir في بعض قراراته كقرار "خيال عبد الحميد" ضد رئيس بلدية عين بنيان[3]، وبعض الاجتهادات القليلة حيث ميز القاضي الإداري بين ما يعتبر مصلحة عامة ومصالح خاصة، وقضي بعدم شرعية قرار نزع المليكة لعدم توفر شرط المصلحة العامة.

ويظهر تأثر الإدارة الجزائرية بهذا التصور الليبرالي للمصلحة العامة، عميقا، ولا شك أنه نتيجة للتأثر بالدسترة المنبثقة عن دستور 23 فبراير 1989، فقد ورد في منشور وزاري مشترك: «أنّه يجب أخذ مفهوم الصالح العام (المنفعة العامة) بالمعنى الواسع: (انجاز البنى التحتية، ومحاربة التلوث، حماية الموارد الطبيعية أو الدومين العام...). ولكن المنفعة المالية (عملية مضاربة أو من أجل تفادي الإدارة لتطبيق أحكام الكراء) لا يمكنها تبرير اللجوء الى نزع الملكية أو من أجل منفعة خاصة»[*4].

وهكذا نستنتج من هذه القراءة الإدارية للدستور أن المصلحة العامة تحدد سلبيا بالنظر للمصلحة الخاصة، خاصة من مجال حماية الملكية الخاصة، فنزعها من اجل المصلحة العامة يعد إجراء استثنائيا، كما رأيناه في الوضع تحت الحماية الذي عُدّ من قِبل القضاة ظرفيا ومؤقتا[5]، يبرز مفهوم نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، أنّه أساس قوي لإقامة مجال الصالح العام، فهو يكسبه مكانة دستورية، ويجعله في مركز أسمى من المصالح الخاصة.

وأمّا ما نستخلصه إيجابيا من احكام المواد الدستورية السابقة، فهو تحديد بعض عناصر الصالح العام كالأملاك العامة والوظائف العامة، وإن ظهرت متداخلة مع نظام المرافق العامة.

---

[1] Demichel, op.cit., p99.

* الترجمة للطالب.

« il est l'expression privilégié de l'extériorité, qui est là marque officiellement proclamé de l'Etat bourgeois, (…), L'Etat est dégagé des confits sociaux, sa mission (…) Est de résoudre (…), et de surmonter ces, conflits, en imposant la réalisation de l'intérêt général»

[2] Demichel, op.cit., p101.

[3] المجلس الأعلى (الغرفة الادارية)، قضية خيال عبد الحميد ضد رئيس المجلس بلدية عين البنيان.

[4] منشور مذكور في هامش تعليق القاضية ليلى زروقي على قرار 01 /1993 بتاريخ 2001/01/06 صادر عن مجلس الدولة (منشور في مجلته، رقم 02 لسنة 2002)، في قضية والي شلف ضد فريق صدوقي، مجلة مجلس الدولة، عدد: 2003-03.

* الترجمة للطالب.

[5] قرار مجلس الدولة

يبدو أنّ تحديد مجال الصالح العام مقيد بحماية الحريات والحقوق الفردية، ويبرز مفهوم "النظام العام" كأنه مظهر له حيث يعد الدستور منطلق لذلك فهو يضع الإطار دون رسم مجال محدد، ويظهر من خلال تأثيره، وقد رأينا تأثيره في الاجتهاد القضائي الدستوري أو في اجتهاد مجلس الدولة، فقد أقام الأول "نظاما عاما" (المجلس الدستوري) في يتعلق باللامركزية في قرار محافظة الجزائر الكبرى[1]، واقامة الثاني في مجال الملكية في قرار عثمان محمد[2].

وكذا في مجال "النظام العام السياسي"[3] وفي مجال تقييدها لحريات الجماعات الإقليمية، وكذا الملكية، وخاصة حرية الأحزاب السياسية.

والحقيقة، إنّنا لم نعثر على قرار فيما يتعلق بالصالح العام الاقتصادي أو ما يتعلق بالنظام العام الاقتصادي، فقد يرتكز المفهوم الأول على نواة المرافق الدستورية[4]، ويرتكز المفهوم الثاني على مفهوم الضبط الاقتصادي[5]، بالنظر الى قوة الحضور الدستوري لمبدأ حرية التجارة والصناعة.

إنّ دسترة حرية التجارة والصناعة تجعلها أساسا للنظام العام الاقتصادي الجديد، فكما سبق وأن لاحظنا أنّه، يمكن اعتبار كل معيار دستوري بمثابة وسيلة من النظام العام، حيث أثيرت المادة 37 في قرار مجلس الدولة تلقائياً.

ومهما يكن، وكما استخلص مستشارو مجلس الدولة في دراستهم المشار إليها ف: «عن الصالح العام لا يختصره كما في النظرة الليبرالية، في حماية الحريات»[6*]، فيجب أن يوفق بين الحرية والمساواة، ولهذا يلجأ الى مفهوم الجمهورية، فقد أقامه المجلس الدستوري في بيان 12 جانفي 1992 ليجعل الإطار الجمهوري هو الاطار الدستوري للصالح العام، مما أدى الى أنْ تصبح المادة 42 من الدستور أطول مادة، وليضاف لها خاصة ما يلي أنّ: «حق إنشاء الأحزاب السياسيّة معترف به ومضمون، ولا يمكن التذرّع بهذا الحق لضرب: "الطّابع الدّيمقراطي والجمهوري للدّولة"».

---

[1] تناولناه في الباب الثاني، الفصل الأول، في....

[2] تناولناه في الباب الأول، في مضمون النظام العام.

[3] سواء في قرار الجبهة الإسلامية والقرارات المتعلقة بجبهة التحرير الوطني.

[4] تناولناه في الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الثاني.

[5] Philippe Terneyre, la constitutionnalisation du droit économique in : le droit constitutionnel et les autres disciplines juridiques, S.D.

[6] Op.cit. p253.

* الترجمة للطالب

وهكذا فالإطار الجمهوري، هو الإطار الذي تعمل فيه الدولة حيث: «أنّ الاستراتيجيات العمومية الخصوصية تتعلق بقدرة الدولة على وضع حلول للصالح العام نظرا لاستقلاليتها عن المجتمع المدني، وكذا السلطة والوسائل القانونية التي تملكها لترجيح هذه الحلول على المصالح الخاصة»[1].

نتج عن ذلك غلبة التصور الشمولي للصالح العام la conception universaliste.

(2) يمكننا التأكيد على أنّ الصالح العام مطبوع بالتصور الشمولي، ففي مرحلة كان مفهوم الصالح العام، مختلطا ومندمجا مع مفهوم الاشتراكية، فظهوره في بعض الأحكام القضائية كان ضئيلا، كما رأينا، فقد كان الدفاع عن الاشتراكية والمكتسبات الاشتراكية» مهمة النظام ككل، وخاصة القاضي حيث: «يساهم القضاء في الدفاع عن مكتسبات الاشتراكية وحماية مصالحها» (المادة 166 من دستور 1976).

ولكننا رأينا أنّ تأثير الدسترة الناتجة عن دستور 23 فبراير 1989 أحدثت قطيعة وتحولا في المسلمات، ولدت ما سماه القاضي الإداري بـ: «"النظام العام الجديد" في قرار عثمان محمد[2] القائم على حماية الملكية الخاصة» خصوصا، فهو يقترح تعريفا للنظام العام ليبراليا حيث هو الصالح العام المكون من «مجموع المصالح الخاصة»، مما يدعم ما جاء في المنشور الوزاري الذي ذكرناه.

يبرز ذلك الاجتهاد الإداري "المدستر" الصعوبة في التمييز بين المصالح الخاصة والصالح العام، ولكنه، ورغم ذلك فإنّنا نجد بعض الأحكام الدستورية تقيم ذلك التمييز.

نجد هذا التمييز في مجال المصالح الخاصة، وفي التمييز الذي يقيمه المؤسس بين: «(...) جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع» والمصالح الفئوية المحمية بواسطة "الحق في الإضراب".

فهل الامر ينصرف الى كل المصالح الفئوية، وكيف يمكن التوفيق بين المتطلبات الدستورية؟ لم يثر أي إشكالية دستورية، وخاصة بمناسبة رقابة الدستور من قبل القاضي الدستوري، فالقاضي الدستوري

---

[1] Réflexions sur l'intérêt général, p 263.
«La mise en œuvre de stratégies publiques spécifiques dépend de la capacité de l'Etat à définir des solutions d'intérêt général en raison de son indépendance par rapport à la société civile, impliquer l'autorité et des moyens juridiques dont il dispose pour faire prévaloir ces solution sur les intérêts particuliers».

[2] قرار سبق تناوله في الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الأول.

الفرنسي أقام ذلك التوفيق في قراره لسنة 1979 المتعلق بالأضراب وتحديده في الإذاعة والتلفزيون لحماية الصالح العام[1].

وأمّا بالنسبة للصالح العام المرتبط بالشؤون والاختصاصات الممنوحة للجماعات الإقليمية، فإنّنا نكتشف من تفحص مضامين الدستور تصور شمولي universaliste للصالح العام، فلا يعترف المؤسس الدستوري بالصالح المحلي، فهو يدرجه في الصالح العام الوطني، التي هي نتيجة للإصلاحات المكرسة في المادة 16 من الدستور حين تنص على: «(...) المجلس المنتخب (...) مكان مشاركة المواطنين فقي تسيير الشؤون العمومية»، فالشؤون المحلية، جزء مندمج في الشؤون العمومية الوطنية، وهو تصور موروث عن دستور 22 نوفمبر 1976 الذي يعتبر أن: «(...) مبدأ اللامركزية قائم (...) على المشاركة الفعلية للجماهير الشعبية في تسيير الشؤون العمومية»(المادة 34)، فالمؤسس الدستوري يعتبر أن: «(...) سياسة اللامركزية (...) تؤهلها (أي المجموعات الاقليمية) بالمسؤوليات (...) لتنمية المنطقة التابعة لها كمجهود مكمل لما تقوم به الامة»(المادة 35 من دستور 1976).

وإننا نجد تجسيد هذا التصور للصالح العام كالصالح وطني غير قابل للتجزئة، ما تعلق بالضبط الإداري حيث اعتبر المؤسس الدستوري أنّ ذلك شأن وطني يعود الى الدولة بناء على المادة 24 من الدستور التي تنصّ: «الدولة مسؤولة على أمن الأشخاص والممتلكات، وتتكفل بحماية كل مواطن في الخارج»، وهو ما كرس في النصوص التشريعية حيث أن ممثل الدولة، الوالي، هو الذي يمارس تلك الصلاحيات، وكذا رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته كممثل للدولة، الذي يعمل تحت سلطته مباشرة.

والحقيقة، أنّنا نجد في اجتهاد المجلس الدستوري ما يتعلق بأهداف الصالح العام، فقد لجأ في آراءه وقراراته الأخير الى استعمال مصطلح "الأهداف الدستورية" في رقابته للقانون العضوي.

فقد استعمل المصطلح في اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي فيما يتعلّق بحماية النظام العام[2]، وهو بلا شك، أهم مكوّن للصالح العام، فهل سيكون الامر، كذلك، في النظام القانوني الجزائري؟، إنّ الامر متروك للاجتهادات اللاحقة للمجلس الدستوري، لتوضيح المفهوم الذي أطلقه ولم يحدّد له مضمون ولا مجال، وهو الذي قرّر له حماية دستورية (الفقرة الثانية).

---

[1] C.C. 97-105 DC du 25 juillet 1979, droit de la grève à la radio et à la télévision in G.D.C.C, p363.

[2] Anne Levade, L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Paris, Dalloz, CUJAS.

الفقرة الثانية: الحماية الدستورية

تقررت الحماية الدستورية للصالح العام، بموجب المادة 139 من الدستور، كما سبق، وإن أكدته انطلاقا من كون القاضي «(...) يحمي المجتمع (...)»، فالمعنى ينصرف الى القاضي عموما، وخاصة القاضي الجنائي الذي يحمي المجتمع بالأولوية، ولكن منطق الدسترة يسمح لنا أن نوسع معنى القضاء، فبتفحصها للنص الدستوري، يمكن أن نستنتج دسترة حماية الصالح العام من خلال مضمون المادة 22 من الدستور (1)، وخاصة من خلال المادة 162 منه (2).

(1) تقترح المادة 22 فكرة أنّ استعمال السلطة يعاقب عليه القانون، فقياسا على الانحراف في استعمال السلطة، الذي يعد عيب يمس شرعية القرار الإداري، فقد أصبح بحكم نص المادة 22 عيبا يمس دستورية أي نص، سواء كان تشريعيا أو إدارياً.

وحيث ان التعسف في استعمال السلطة ينصب على الخروج عن الصالح العام، كما استقر عليه الاجتهاد القضائي الإداري[1]حيث استفاد من دراسة الأستاذ Truchet، ويؤكد في نظم قانونية في نفس التوجه[2].

ويمكننا استنتاج مضمون الحماية من الاحكام الدستورية المجتمعة للمادتين 21 و22، حيث أن ذلك التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة في أن تصبح: «(...) الوظائف في مؤسسات الدولة مصدر للثراء، (...)» (المادة 21)، وحيث أن المؤسس الدستوري يمنع أن تكون تلك الوظائف: «(...) وسيلة لخدمة المصالح الخاصة» (المادة 22، فقرة ثانية).

وبالتالي فإنّ المادة 21 وضعت قاعدة عامة بالمنع المطلق لاستعمال الوظائف في الدولة، وقررت الجزاء عليها في المادة 22 بأن كيفتهبأنّه "تعسف" يعاقب قانونا.

وبذلك أصبح الصالح العام شرطا لدستورية أعمال السلطة عموما، والسلطة الإدارية خصوصا، وبالتالي يضحي سندا وأساسا قانونيا يمكن إثارتها من قبل القاضي الدستوري، كما القاضي الإداري.

وقد سنحت الفرصة للمجلس الدستوري للاستناد للمادة 21 ولإثارتها عندما نظر في المادة 24 من القانون العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء، فقد اعتبر، في رأيه[1]، أنّه في ما يخص المادة 24،

---

[1] Truchet, l'intérêt général, Op.cit.

[2]عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، 2001، مرجع مصري.

موضوع الإخطار التي حررت كما يلي: «يتنافى الإثراء الخفي أو غير المبرر مع مهنة القاضي»، أن المؤسس الدستوري: «(...) منع بموجب المادة 21 من الدستور استعمال الوظائف في المؤسسات الدولة للإثراء، أو استعمالها كوسيلة لخدمة المصالح الخاصة»، وليواصل في حيثيته: «أن المنع المنصوص عليه في المادة 21 من الدستور ينطبق على جميع موظفي الدولة بما في ذلك القضاة»، وليترتب نتيجة مفادها: «(...) فإن المشرع حين منع الجمع بين مهنة القاضي والإثراء الخفي أو غير المبرر، يكون قد أحدث مقاربة بين عمل غير مشروع ومهنة القاضي، كما أحدث إخلالا بأحكام المادة 21 من الدستور التي لا تمنح الخيار بين مهنة القضاء والإثراء الخفي أو غير المبرر، بل تمنع أصلا استغلال الوظائف في مؤسسات الدولة للإثراء».

أظهر تفسير المجلس الدستوري أن القاعدة عامة ومطلقة تقضي بالمنع، وقد طبق على سلطة المشرع، حيث لا يملك سلطة تقديرية، وبالنتيجة لا تملك السلطة الإدارية أي سلطة تقديرية، ولكن الاجتهاد القضائي الإداري أظهر نوعا من المرونة في ذلك، حيث أنّه في قضية القاضي[2] ذكر: «أنّه ثابت معترف به بأن العارض يملك في الشيوع عدة عقارات منها مخبر للصور (مسير) من قبل أخيه غير أنّه بالمقابل لم يثبت قيامه بأعمال تجارية أو أنَّ ملكيته لهذا المحل التجاري يشكل عائقا لممارسته مهامه بصفة عامة أو مس باستقلالية القضاء.

حيث بالتالي، أن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب خطأ في تكييف الأفعال باعتباره العارض وبفعل ملكيته محل تجاري فقط، والذي لا يسيره قد أخل بالتزامه بالتحفظ.

ولا يمكننا الحكم على الاجتهاد المقبل لمجلس الدولة، وإن كان سيتخذ اجتهاد موافقا للاجتهاد الدستوري، أو أنْ يستمر بالأخذ باجتهاده، حيث يظهر أنّ هناك تفاوت في التفسير.

وقد تطورت الحماية الدستورية للصالح العام من حماية سلبية قائمة على أساس التمييز عن الصالح المصالح الأخرى، الى حماية إيجابية (2).

(2) نستنتج الحماية الإيجابية للصالح العام من مضمون المادة 162 من الدستور التي تنص على: «المؤسسات الدّستورية وأجهزة الرّقابة مكلّفة بالتّحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدّستور، وفي ظروف استخدام الوسائل المادّية والأموال العمومية وتسييرها.»

---

[1] رأي رقم 02/ر ق ع/م د/04 مؤرخ في 6 رجب عام 1425 الموافق لـ 22 غشت 2004، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء، للدستور.

[2] مجلس الدولة (الغرفة)، القاضي ضد المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة عدد 01، 2002.

ويمكننا اعتبار هذه المادة معيارا دستوريا بامتياز، نتيجة لاستناد المجلس الدستوري عليها في عدة إجراءات وقرارات ابتداء من الرأي رقم 13 حول دستورية القانون الأساسي للقضاء[1]حيث يمكن التأكيد على أنّه اعتمدها بشكل أساسي، مقرونة بالفقرة الأولى من المادة 163 من الدستور، وكحيثيات أساسية إضافة الى إيرادها في التأشيرات.

لقد قرنت هذه المادة بين رقابة الدستورية ورقابة الفعالية، ودمجت بينهما، مما جعل أنّ الرقابة تتم في إطار تحقيق الدستور وتطابق العمل التشريعي والتنفيذي معه، وكذا استعمال الوسائل العامة بالنظر لأهداف الدستورية (وهي نفسها المادة 152 من دستور 23 فبراير 1989)، والتي نجد أصلها في المادة 184 من دستور 1976[2].

يُظهِر مضمون المادة 162 تبني الدستور وتأثره بالتوجهات الحديثة، فـ: «إن التأثيرات بين القانون والمناجمانت متبادلة باستمرار»، كما كتب caillosse[3].

يرى نفس الأستاذ انّ تلك التأثيرات المتبادلة تحدث تغييرات، فـ: «(...) التغييرات المحدثة ستؤثر على الوجه الجديد لما نسميه الإدارة»، وليخلص الى القول بأنّ: «(...) المتطلبات المترابطة للقاعدة (القانونية) والفعالية فيما يتعلق بأنماط التنظيم والقرار، كما في أشكال الرقابة، ترسم الهوية والمؤسساتية للدولة»[4].

وهكذا، يتبين لنا انّ مضمون المادة 162 من الدستور تُقرّ هذا الربط بين القانونية والفعالية.

يمثل هذا المضمون الحديث ثورة قانونية تنقلب من النظر الى القانون الإداري عبر هيئاته الإدارية، الى النظر الى النشاط العمومي.

والحقيقة الأكثر وضوحا ان المؤسس الدستوري قد وضع قاعدة عامة دستورية، تحدد هدف الرقابة في «التحقق من المطابقة الدستورية»، و«فعالية النفقات العمومية» بما يجعلها مترابطة، تربط هذه الفعالية

---

[1] رأي رقم 13/ر.ق.ع/م.د/02 مؤرخ في 11 رمضان عام 1423 الموافق لـ 16 نوفمبر سنة 2002، المتعلق بمطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء / للدستور

[2] المادة 184 من دستور 22 نوفمبر 1976: «مهمة المراقبة هي التحري في الظروف التي يتم فيها استخداموتسيير الوسائل البشرية والمادية من طرف الأجهزة الإدارية والاقتصادية للدولة، وكذا تدارك النقص والتقصير والانحراف، والتمكين من قمع الاختلاس وكل الأعمال الإجرامية ضد الثورة الوطنية، وبالتالي ضمان تسيير البلاد في إطار النظام والوضوح والمنطق. تستهدف المراقبة أخيرا، التحقق من التطابق بين أعمال الإدارة والتشريع وأوامر الدولة.»

[3] caillosse Jacques, la constitution imaginaire de l'administration, P.U.F, 2008, p275.

[4] «Partant, dans les modes d'organisation et de décision comme dans les formes du contrôles, les exigences croisés de la règle et de la performance redessinent l'identité institutionnelle de l'Etat».

«استخدام الوسائل المادية والأموال العمومة» بالنظر الى الهدف وهي إقامة الدستور (تطابق بين العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور).

يكلف المجلس الدستوري ككل المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة بدون تحديدها، بنفس الأهداف، ويمكن استنتاج قائمة هذه الأجهزة الرقابية من الأجهزة المذكورة في الباب الثالث من الدستور المعنون بـ: «الرقابة والمؤسسات الاستشارية»، حيث تذكر 159 من الدستور أنّ: «تضطلع المجالس المنتخبة بوظيفة الرقابة في مدلولها الشعبي»، حيث نصت المادة 160 على أنّ «تقدّم الحكومة لكلّ غرفة من البرلمان عرضا عن استعمال الاعتمادات المالية التي أقرّتها لكلّ سنة مالية» (الفقرة الاولى)، وكذا المجلس الدستوري (المادة 163)، وكذا مجلس المحاسبة المكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، فمجلس المحاسبة هيئة قضائية إدارية متخصصة تخضع لمجلس الدولة عن طريق النقض، فهي تراقب قضائيا حسابات الإدارة، فهي صنف من القرارات الإدارية، فهي كما كتب Vedel: «انّ وحدة القانون الإداري غير قابلة للمساس بها رغم تعدد الهيئات القضائية المكلفة بتطبيقه»[1].

فإذا علمنا أنّ رقابة المجلس الشعبي الوطني على استعمال الاعتمادات المالية؛ بواسطة قانون يتضمن تسوية ميزانية السنة المالية المعنية، يرفق بتقرير تقييمي لمجلس المحاسبة، والذي يعد هيئة قضائية في موقع مفضل للرقابة.

والحقيقة ان الرقابة التي يمارسها مجلس المحاسبة على شرعية حسابات الآمرين للصرف والمحاسبين العمومين، قد امتدت الى رقابة «نوعية التسيير» خاصة بعد صدور الأمر رقم 95-22[2] ليتطور الى رقابة فعالية عبر تقييم السياسات العمومية[3]، والتي تجسدت في تقاريره المنشورة التي تبرز قيام قضاة المجلس بالرقابتين: رقابة شرعية الحسابات وكذا رقابة تقييم نوعية التسيير[4].

يندرج هذا التوجه في اطار عالمي الذي ينتقل من منطق الرقابة من منطق قانوني محض الى افق فعالية التسيير، حيث كتب الأستاذ الألماني E. Assmann أنّه: «لتحديد مطابقة وعدم مطابقة النشاط

---

[1]Breen L'apport du doyen vedel au droit administratif, R.F.D.A mars-avril, 2002, p222.

[2] الامر رقم 95-22

[3]Daoudi Hamidi,l'évaluation des politiques publiques dans le contexte de contrôle revue IDARA, 2002, p.07.

[4] تقارير مجلس المحاسبة المنشورة لسنتي 1996 و1997 الجريدة الرسمية

الإداري للقانون، فإنّ الأفق التقليدي لرقابة القضائية لم يعد كافيا، بل يجب وضع الرقابة، من الآن فصاعدا، في أفق النشاط الإداري»[1*].

ليذهب في نفس الاتجاه الذي ذكرناه للأستاذ الفرنسي caillosse عندما اعتبر: «أنّه من الصعوبة تجاهل أنّ مسألة رقابة الإدارة تتجاوز مجرد طرحها في إطار قضائي بحت».

فالرقابة، «وإن بقيت قانونية، فيراد لها، كما أنّها، أصبحت، أكثر فأكثر مناجريالية»[2].

والحقيقة، أنّ مضمون المادة 162 يضع نظاما رقابيا متكاملا يستجيب لتعقد مهام الإدارة وضخامة الموارد المرصودة لسيرها، فهي تقترح الدمج بين الرقابتين، لتحقيق هدفين: إقامة الشرعية الدستورية ورقابتها على ضوء الأهداف الدستورية، وفعالية النفقات العمومية بالنظر لنفس الأهداف.

وتعد تلك الرقابة المتكاملة نتيجة لتلك الاستقلالية الممنوحة للإدارة، وكذا الإمكانيات الضخمة المرصودة لتحقيق ذلك.

فالتحول الذي مسّ الرقابة جعل ممارسة الرقابة القانونية يمر بأزمة حيث: «أنّ تحول القواعد القانونية أدّى الى حرمان القاضي الإداري من قواعد صلبة كان يستند اليها لرقابة الادارة[3]*.

فقد أصبحت: «(...) الإدارة خاضعة لمجموعة من الإكراهات الجديدة التي لم تغير شروط ممارسة مهامها، بل فرضت تكييف مبادئ تنظيمها»[4*].

أضحى المرور الى نوع جديد من الرقابة أمرا ضروريا، والذي يهدف الى أن تؤثر نتائج الرقابة على مسار التسيير، لتؤثر بدوره على تقدير فعالية الأموال والوسائل؛ مهما كانت طبيعتها، فـ: «يقتضي متطلب الفعالية (...) "الاستعمال الأمثل للموارد"»[5*].

---

[1] Eberhardt assmann, p432.

[*] «Pour déterminer la conformité ou non de l'action administrative au droit, la perspective traditionnelle de contrôle juridictionnel ne suffit pas, mais il faut auparavant situer le contrôle dans la perspective de l'action administrative»

[2] Caillosse, p401 : le contrôle «s'il demeure juridique, se veut et se fait, de plus en plus managérial».

[3] Chevalier J., Danielle Loschak, Rationalité juridique etRationalitémanagériale dans l'administration française, Revue management et politique publique, 1988.

[4] Jacques Chevalier, A.J.D.A, 7/2013

[*] «(…) l'administration a été soumise à un eu semble de contraintes nouvelles, qui, non, seulement modifient les conditions de l'exercice de ses missions et imposent l'adoption de principes d'organisation»

[5] Jacques Chevalier, A.J.D.A, 7/2013, 9402

والحقيقة، فإنّ المادة 162 توفر الأساس الدستوري لكثير من النصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة للمال العام والأملاك العمومية والعقود العمومية، مقارنة بالنظام الفرنسي الذي شهِد دسترة من اجتهاد المجلس الدستوري، حيث كرّس عبر مفهوم "الضمانات الشرعية للمتطلبات الدستورية"[1]، المتعلقة بمبدأ المساواة أمام الطلبات العمومية، وحماية الأملاك العمومية، والاستعمال الحسن للأموال العمومية بقرار بتاريخ 24 جويلية 2008.

وهكذا، يبرز الأساس الدستوري قوي وواضح، بخلاف لجوء المجلس الدستوري الفرنسي لمفهوم وظيفي المتمثل في (الضمانات الشرعية للمتطلبات الدستورية) حيث انتقد اجتهاده رغم أنّ ذلك يعد سدّا لغياب أساس دستوري[2].

ويمكن استنتاج الأسس التشريعية والتنظيمية للمتطلبات الدستورية الذي يقتضيها مضمون المادة 162، فمسألة الفعالية التي يترتب عنها تثمين الموارد نجد لها تجسيدا في تعديل قانون الأملاك الوطنية في سنة 2008[3]، الذي عدّل وكيّف بعض القواعد المنصبة على حماية الملك العام ليعزز متطلب جديد وهو التثمين،فهذه الأملاك كقاعدة جديدة، والتي جعلت طريقة الامتياز تتحول الى الطريقة المفضلة لتسيير الأملاك الوطنية ذات الطابع الاقتصادي بتأثير من مبدا حرية التجارة والصناعة، فقد مسّت الأراضي الفلاحية[4]، والصناعية[5]، والسياحية[6]، والساحل[7].

وامتد ذلك التأثير الدستوري الى المبادئ المتعلقة بالعقود الإدارية عموما[8]، وعقود الامتياز خصوصا وكذا تكوين مبادئ الطلب العمومي في المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية[9].

فقد نصّت المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أنّه: «لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعي

---

[*] «L'exigence de performance exige (…) "l'optimisation des ressource"»

[1] A. Vidal-Naquet, les «garanties légales des exigences constitutionnelles» dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, L.G.D.J, paris, 2007.

[2] Patricia Rrapi, jurisprudence du Conseil d'État, R.F.D.C, 2009, p197.

[3] القانون رقم 08-14 المعدل القانون الأملاك الوطنية 90-30، عدد 44 سنة 2008

[4] قانون التوجيه الفلاحي.

[5] الامر 06-11 المؤرخ في 30 غشت 2006.

[6] القانون رقم 03-01 المؤرخ في 17 فبراير 2003، بالتنمية المستدامة للسياحة.

[7] القانون 02-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 المتعلق بحماية الساحل وتنميته.

[8] المادة 964 من قانون الإجراءات المدنية والاجرائية تنص على أنه: «يجوز اخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حال الاخلال بالتزامات الاشهار أو المنافسة التي تخضع عمليات ابرام العقود الإدارية والصفقات العمومية».

[9] المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 2010، الجريدة الرسمية، عدد52.

الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات»، والتي كانت نتيجة لإخضاع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة[1] الذي هو أثر للمبدأ الدستوري لحرية التجارة والصناعة.

وهكذا، تمّ تبني مبادئ نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام وحرية الوصول الى الطلبات العمومية والشفافية كقواعد تنظيمية وبتأثير واضح للدستور،: «فمبدا الضرورة الذي يؤسس الى تدخل سلطة إدارية لا يبرر إلا ... لتحقيق حاجيات المواطن ... ولفعالية اكثر في النشاط المقام»[2] وإن كانت، في الحقيقة، قد تمت في إطار التفاوض مع منظمة التجارة العالمية (O.M.C)، وبعد اعتماد اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوروبي التي تطغى عليها الجوانب الاقتصادية[3]، وهم المبادئ المكرسة من قبل المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 2003-473 بتاريخ 26 جوان 2003[4].

والحقيقة، أنّ ادراج مفهوم الطلبات العمومية في مرسوم الصفقات العمومية أحدث تغيرا ينبع من نص تنظيمي، وبدون تحديد واضح لمجاله، قد يُفهم أن المفهوم قد يستغرق الصفقات التي تساوي أو تتجاوز العتبة المالية (مبلغ الصفقة)، وغيرها مما يقل ثمنه عن تلك العتبة، ولكننا، نرى أنّ مفهوم الطلبات العمومية يقتصر على العقود المنصبّة على الحصول على أعمال خدمات دون باي العقود الإدارية الأخرى كعقود الامتياز، ومهما يكن فقد تمت دستره في فرنسا بدون اقناع[5].

ورغم ذلك، فإنّنا نرى أنّ مبدأي نجاعة الطلبات العمومية وحسن استعمال المال العام ينطبقان على العقود الإدارية، كما الصفقات العمومية نظرا لخضوعهما لمبدأ المنافسة حيث أخضعهما المشرع لذلك بموجب المادة 919 من قانون الإجراءات المدينة والإدارية، فالمنافسة تهدف الى التأثير على الأسعار وبالتالي الحصول على خدمات عمومية بأقل ثمن وبذلك اخضاع عقود الامتياز خاصة بالنسبة للمرافق العمومية العامة لمبدأ المنافسة.

---

[1] كتو شريف، الصفقات العمومية والمنافسة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية.

[2] Nicole Belloubet-frier, Gerard Timsit, L'administration en chantiers, R.D.P, 2011, p.315.

[3] اميهوبي كمال، البعد الاقتصادي لاتفاقية الشراكة، رسالة دكتوراه. كلية الحقوق، الجزائر.

[4] F. Lichère, « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public privé», RDP 2003, p1165

[5] Laurent Richer, Constitution, contrats et commande publique Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 37, Dossier : Le Conseil constitutionnel et le droit administratif) - octobre 2012.

تبرز المادة 162 كأساس جديد لمقتضى حماية المال العام والوسائل العامة، بما يبرر لكل الإصلاحات المنصبة على فعالية الفعل العمومي، بما يبين طغيان الاعتبار الاقتصادي ومزاوجته مع مبدا الرقابة القضائية الحامية للصالح العام.

وقد طوّر القاضي الإداري نظاما قانونيامدسترا أكثر دقة لتأطير السلطة الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: نظام قانوني "مدستر"

كان لاستعمال القاضي الإداري لبعض المبادئ الدستورية وتفسيرها دور واسهام في بداية بناء "نظام قانوني مدستر" حيث، كما كان له أن أطر، سابقا، باجتهاده الحر عبر المبادئ العامة للقانون، استند هذه المرة على الدستور وبنفس المنطق.

وقد طغى على نظامه، بحكم المنطق القائم على الدفاع على الحريات الشكلية خصوصا، أنّ اجتهاده تركز على الضمانات الإجرائية والشكلية التي تقع على إجراءات القرارات الإدارية (الفرع الأول)، والتي تدعمت بحكم إقرار مبدأ عدم تحيز الإدارة بما جعله إطارا وأساسا لرقابة السلطة عموما والسلطة التقديرية خصوصا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دسترة الإجراءات الإدارية

لاحظنا استناد القاضي على المبادئ الدستورية لتأسيس، وكذا تقوية وتوسيع رقابته على الأعمال الإدارية، وخاصة ما تعلق منها بالإجراء الإداري.

وهكذا، فقد اجتهد بدسترة بعض مبادئ الإجراءات الإدارية، فيما يمكن اعتباره دسترة جنينية (الفقرة الأولى)، بما يؤدي الى إمكانية توسيع الدسترة الى مبادئ أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دسترة "جنينية"

بدأ التوجه الى "دسترة" الإجراءات الادارية بطيئا (1) ليتكرس عبر اجتهاد القاضي الإداري الجزائري (2).

(1) لوحظ توجها في النظام الفرنسي الى "دسترة الاجراءات الإدارية"،[1] وقد سجل قاضي مجلس الدولة الجزائري بداية لتلك الدسترة حيث انّ الاجتهادات المتضمنة في بعض القرارات والتي وإن ظهرت قليلة قد

[1] Olivier Schrameck, Droit administratif et droit constitutionnel, A.J.D.A, 20 Juin 1999, P.43.

كرّست منطقا جديدا تجدد له اجتهاده حيث أنّه، حسب ما أكده الأستاذ Vedel: «**لا يمكن فصل النزاع الإداري عن قواعد الموضوع في القانون الإداري**»[1*].

وقد كانت دولة القانون قائمة على فرضية أنّ دولة القانون دولة إجراءات رغم الانتقاد الموجّه لها[2].

ففي قرار لمجلس الدولة[3]، تتلخص وقائعه في صدور قرار عزل من طرف وزير العدل موثق حيث يثير خرق الإجراءات الشكلية حيث لم يستلم استدعاء اللجنة التأديبية إلا بتاريخ 2001/02/14 من اجل حضور جلسة 2001/02/22 في حين أن النظام الداخلي لغرفة الموثقين ينص على أنّه لا يمكن أن يقل عن 12 يوم كاملة وليضع حلا قانونيا في حيثيته التي قرر فيها القاضي ما يلي: «**حيث أنّ هذه القاعدة من النظام العام وعدم احترامها يعد خرقا لحق الدفاع المضمون دستوريا وبالتالي يبرر وقف التنفيذ**».

وهكذا، فبعد أن أكد القاضي الإداري على الطابع التنفيذي للقرار الإداري في اجتهاده (فرع سابق) يغتنم الفرصة ليؤكد في هذاالقرار الذي كان يمكن أن يقرر فيه بشكل مباشر، عدم شرعية قرار الوزير، على قاعدة عامة كيّفها أنّها "حق مضمون دستوريا" فنحن بصدد قرار مبدئي الذي عرف بأنّه: «(...) **الذي يهدف، بإضافة الى حل خاص للقضية، الى تبني وفرض تفسير معين للقاعدة القانونية في المستقبل**»[4*].

والحقيقة،أنّ ذلك يؤدي الى طرح التساؤل هل تعد كل الإجراءات الإدارية ضمانة، وهل هي من طبيعة دستورية؟ يصعب الإجابة بالنظر الى نقص القضايا والقرارات التي يمكن تفحصها، حيث أنّ عيب الاجراء يتماهى، غالبا، مع مخالفة القانون، ولكننا نلاحظ ميل القاضي في القضية الى اعتبار أنّه عيب يمس قاعدة دستورية، بالأولوية على القاعدة التشريعية، كما يبرز ميله الى توسيع قائمة الضمانات الواردة على القرار الإداري، والتي تكتسي القيمة الدستورية.

---

[1] Vedel, Op.cit., P.91-92.

[*] «Les règles de fond du droit administratif ne peuvent être détachés du contentieux administratif».

[2] Dominique Rousseau, L'Etat de droit est-il un Etat de Valeurs Particulières in L'équilibre des pouvoirs, P.890.

[3] مجلس الدولة الغرفة الخامسة، قرار رقم 10349، تاريخ الجلسة 2002/04/30، مجلة مجلس الدولة، العدد 2، السنة 2002، ص 226.

[4] Mendegris et G. Vermelle, Le commentaire d'arrêt en droit privé, Méthodes et exemples, Edition, Dalloz, 1989, 3° Edition, P.80.

[*] «L'arrêt de principe... entant au de la de la solution particulière qu'il retient, imposer pour l'avenir une certaine interprétation de la règle de droit»

يجعل القاضي الإداري مفهوم الضمانات الدستورية كمعيار للعيوب التي ترد على إجراءات اعداد القرار الإداري والتي يربطها بحقوق الدفاع.

وقد ثار نقاش، في فرنسا، بعد صدور قرار مجلس الدولة Danthony حيث اعتبر المعلقون[1] أنّ هذا القرار ذو تطبيق واسع[2] حيث تنص حيثيته على أنّ: «**العيب الذي يمسّ سير الاجراء الإداري السابق ليس من طبيعته أن يضفي عدم شرعية القرار المتخذ إلا إذا تبين من ملف القضية أنّه قد يكون قابلا لممارسة، في قضية الحال، تأثيرا على وجهة القرار المتخذ وأنّه يحرم المتقاضين من ضمانه**»[*]، ليتساءل الاستاذين عن معنى الضمانة؟ ومتى نكون بصدد الحرمان منها؟ ليرى أنّ المجال الواسع الذي قرّره مجلس الدولة، ترد عليه قيود حيث يحتفظ بمعناه القديم المتعلق بالضمانات من خلال "الشكليات الجوهرية" كما في الاجتهاد المستقر.

(2) أمّا تعلق بمفهوم الضمانات في نظر مجلس الدولة الجزائري، فيُفهم أنّها: «كل الضمانات الدستورية»، بما يرسم مجالها الواسع وكذا طبيعتها الدستورية، وخص بالتنصيص حق الدفاع المكرس في المادة 151 من الدستور.

نستنتج أنّ القاضي الإداري يعتبر حق الدفاع حق دستوري بالاستناد على المادة 151، ويترتب عليه حقا مشتقا منه وهو حق وقف تنفيذ القرار الإداري، فهو ضمانة من ضمانات حق الدفاع.

فنلاحظ، أنّ قاضي مجلس الدولة لم يستند الى أساس نصي والمتمثل في المادة 151 من الدستور والتي تنص عليه أنّ: «**الحق في الدفاع معترف به. الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية**».

وأمّا حق الدفاع، فقد كان مكرسا في النصوص التشريعية[3]، وقد اعتبره اجتهاد الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى "سابقا" من النظام العام في قرار طالبي[4] والذي عاود القاضي تأكيده في هذا القرار.

وكان مجلس الدولة الفرنسي قد بنى إطارا وطوّره الى نظام شبه متكامل حيث اعتبره محافظ الدولة (conclusions corneille) بمناسبة قرار Terry[5] أنّه، بالنسبة الى الجهات الإدارية التي تكيف بأنّها

---

[1] C.E. ass, 23 déc. 2011, AJDA 2012 ; 195, chronique x, Domino et B. Bretonneau

[2] Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois, chronique de la jurisprudence du conseil d'Etat, AJDA N°30, 2013. P.1733.

*

[3] النصوص المتعلقة خاصة بالوظيف العمومي والمنظمات المهنية.

[4] Note : Med Brahimi sous l'arrêt, C.S, (ch, adm), TALBI C/Ministère de la justice, R.A.S.E.P. 1978.

[5] C.E, 20 Juin 1913, Arrét Terry, G.A.J.A, 15° edition, Dalloz, 2005, p 161.

جهة قضائية تأديبية تطبق "القواعد الأساسية للشكليات القضائية" les règle essentielles des formes judicaires التي تعتبر ضمانات لكل فرد متهم، وقد قام مندوب الحكومة corneilleبتعداد الضمانات حيث اعتبر أن حق الدفاع يقتضي: «الاستدعاء، ومهلة المثول، وأنْ يكون القرار متضمنا أسماء الذين اسهموا فيه كما ينبغي أن يحترم الترتيب المنطقي لمراحل الإجراءات، حيث يجب أن يتم الدفاع بعد تقديم الاتهام وقبل المداولة، ليواصل، على ضرورة تسبيب القرارات، وكذا حق الاستماع لمن وقعت عليه العقوبة».

وليقرر مجلس الدولة مبدا الحضورية Du Principe Contradictoire (C.E, 7 Fév. 1947 Aillers) الذي اقتضى إعلام المعني بالدعوى وإعلامه بما يتضمنه الملف من وثائق ويمنحه آجالا لإيداع ملاحظاته، وكذا إعلامه بوقت كافي بالجلسة.

وهكذا، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي، يعتبر أن مبدأ الحضورية ينطبق على كل قرار سواء كان اداريا أو قضائيا، سواء تعلق بموظف أم لا، فهو يطبق لمجرد المساس بوضعية فردية، وعندما يكتسي طابع العقوبة، وفي هذه الحالة، يجب على السلطة المتخذة للقرار أن تحترم حقوق الدفاع[1].

وقد كرّس المجلس الدستوري الفرنسي، كل من مبدأ احترام حقوق الدفاع كمبدأ ذو قيمة دستورية[2]، وكذا مبدأ الحضورية كمبدأ مشتق منه[3].

تطورت دسترة الضمانات الإجرائية، حيث اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في قرار مجلس المنافسة[4] أن طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية والحصول عليها "**كضمانة أساسية لحقوق الدفاع**"، فقد اعتبر الامر غير دستوري لأن المشرع لم ينص على اجراء لوقف تنفيذ القرار أمام الهيئة القضائية.

وقد استنتجنا أنّ حق الطعن في القرارات الإدارية المكرس عبر "دسترة" دعوى الإلغاء خاصة مع دستور 1996/11/28 الذي خلق القضاء الإداري يعد أهم حق من حقوق الدفاع ليدعمه المكانة الدستورية لمجلس الدولة حيث أنتج اجتهادا جيد يتغذى من المادة الدستورية[5]، ومتأثر بالمنطق الدستوري،

---

[1] C.E 5 mai, 1944, Dame Veuve Trompier-gravier, in : G.A.J.A, Dalloz, 2005, p 348.
[2] D.C n° 76-70, du 2 Déc. 1976, R.D.P, 1978, p 718, commentaire favoreu
[3] D.C n° 89-268 du 29 Déc. 1989, R.F.D.A, 1990, Note genevois, p143.
[4] D.C n° 86-244, conseil de la concurrence in : «les grandes décisions du conseil constitutionnel, Edition.
[5] مذكرة الماجستير: «الأسس الدستورية لرقابة الشرعية»، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

أكثر مما هو تطبيق الأحكام الدستورية فقد دأب مجلس الدولة، على تأكيد حق الدفاع فهو قد اعتبر حق الدعوى مبدأ عام للقانون[1]، وانّه حق من حقوق الدفاع[2].

ففي قضية الموثق، فإنّ مجلس الدولة اعتبر عدم احترام مبدأ الحضورية (الاستدعاء والمدة الكافية) خرقا لما اعتبره حقا دستوريا، وقد أثاره بشكل مباشر وكثيف، حيث اعتبره من النظام العام بما يظهر قوة تأثير المتطلبات الدستورية على الإجراءات الإدارية وهكذا، تصبح جزءا من النظام القانوني للقرار الإداري بغض النظر عن غياب التأطير التشريعي، فرغم «**أنّ الدستور (بمعناه المادي)، وكقاعدة عامة، لا يحدد إلا الهيئات والإجراءات التشريعية، تاركا تحديد المضمون للهيئة التشريعية فلا يضع الدستور قواعد الموضوع (المضمون) إلا بشكل استثنائي**»، فإنّ القاضي اصبح يمنح المضمون تمثلا منه لوظيفته الدستورية في الحفاظ على الحقوق والحريات فهو كما وصف نفسه، (الساهر على الضمانات الدستورية) في نفس القرار، **فهو يرى أنّه ملزم به كما جاء في حيثيته، يرتب ذلك قيدا على الإدارة والقاضي الإداري، على حد سواء.**

وقد انجرّ عن هذا التأكيد من قبل القاضي الإداري على الطابع الدستوري لحق الدفاع، أن رتّب نتائج، فيما يتعلق بما يمكن أن نعتبره حقوق مشتق منه، وإن اكتست طابعا دستوريا، كذلك، فهي تمثل (ميدانا) حقلا جاذبا[3]Un Champ D'attraction*.

فيمكننا، أن نستنتج أنّ حق وقف تنفيذ القرارات الإدارية ضمانة أساسية لحقوق الدفاع، فهو، بالتالي، وبالنتيجة، حق دستوري يقتضي التكفل به.

وبذلك، يكون القاضي الإداري قد أسهم في ترقيته دستوريا بأن جعله حقا قائما، ونقله من كونه اجراء استثنائيا ليصبح اجراء عاديا.

فقد كان القضاء الإداري يعتبره استثنائيا حيث جاء في حيثيته قرار صادر عن المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية)[4] أنّه: «**من المستقر فقها وقضاء أن الأمر بتأجيل تنفيذ قرار إداري يعدّ إجراء استثنائيا، ومن ثم كان معلقا على نشوء ضرري صعب إصلاحه من جراء التنفيذ**» ولنلاحظ تطورا مهما،

---

[1] قرار سابق، يم عرضه.

[2] مجلس الدولة (الغرفة الثالثة)، قرار رقم 005951 بتاريخ 2002/02/11، قضية محامي ضد قرار منظمة المحاميين لوهران.

[3] Olivia Danic, les cent ans de l'arrêt Terry ou un siècle de droits de la défense, R.D.P, 2014, N°1, P.21.

*

[4] المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية)، قرار صادر بتاريخ 10 جويلية 1982، منشور بالمجلة القضائية، العدد: 02، ص 193.

ففي قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) الذي يطلب فيه والي ولاية البويرة وقف تنفيذ أمر استعجالي صادر عن رئيس الغرفة الإدارية لمجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 08 جوان 1989، يذكر قاضي المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) باجتهاده المستقر فيما يتعلق بتوقيف القرار الإداري (أربعة شروط)، وليعلق الأستاذ بن ناجي على حيثية القاضي التي ذكر فيها أنّه: «دون النظر في الوسائل المثار في العريضة»، على أنّ القاضي الأعلى أراد التأكيد على أنّ مسألة وقف تنفيذ القرار الإداري تتعلق بالنظام العام[1].

ونستنتج من حيثية القاضي أنّ ربط حق الدفاع بوقف التنفيذ، بما يجعل هذا الأخير حقا دستوريا مكرسا، بخلاف الامر بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي فـ: «**لم يحظى وقف التنفيذ باهتمام مجلس الدولة**»[2][*]، فقد كان ذلك بفعل اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي في قرار مجلس المنافسة[3] حيث في رده على سلطة العقاب الممنوحة لمجلس المنافسة والتي كانت شديدة اعتمد على الحيثية التالية: «**بالنظر للطبيعة غير القضائية لمجلس المنافسة، ونظرا ولاتساع تدخلاته ولخطورة العقوبات المالية التي يمكن له توقيعها، فإن حق المتقاضي في الطعن ضد قرار هذه الهيئة وفي طلب والحصول على وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، يمثل حقا أساسيا من حقوق الدفاع**»[*].

وهكذا، تبدو جرأة وجسارة مجلس الدولة، فاجتهاده يضاهي اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي، وبذلك يصبح حق وقف تنفيذ القرار الإداري من حق المتقاضي جزء من "كتلة دستورية"، وكذا من طائفة الشرعية.

والحقيقة، أنّنا قد رأينا ان اصلاح نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 قد جعلها تتحول من حالة استثنائية، كما كانت في المادة 171 مكرر في القانون القديم، الى حالة عادية، وذلك بتوسيع حالاتها، فالمجال أصبح أوسع، وخاصة ما تعلق بوقف التنفيذ في حالة المساس بالحقوق الأساسية (المادة 920) عن طريق الدعوى الاستعجالية لحماية الحقوق الأساسية.

---

[1] Note Cherif BENNADJI sous l'arrêt de la cour suprême (ch, adm), 25 juillet 1993, la lettre juridique n° , p 7.

[2] Op.cit. p 680.

[*] الترجمة للطالب

[3] D.C n° 86-224, déjà cité.

[*] «Compte tenu de la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense».

وقد كان اعتبار التسبيب كحق من حقوق الدفاع دافعا لدسترته، بالنظر لنفس المنطق المعتمد.

وقد كان تأثير الدسترة واضحا وقويا، حيث أنّ قاضي مجلس الدولة في خضم اجتهاداته المتوالية، في التأكيد على ما اعتبره: «**تمكين المتقاضي من ممارسة حقهم في الدفاع المخول لهم قانونا**»، كما جاء في حيثية قرار منظمة المحامين لناحية وهران، فقد طعن المحامي بالإلغاء لرفض المنظمة الالتحاق بحكم وضعه كمتقاعد، حيث قضى لصالحه، ولكن أهم ما جاء فيه هو التأكيد على أنّ تسبيب القرار الإداري يعتبر قاعدة عامة وجوهرية، وهو ما يمثل تطوراً كبيرا يتجاوز القاضي الإداري **به اجتهاداته السابقة وحتى المشرع.**

فقد انتقلنا من اعتبار التسبيب استثناء[1] الى تطور الى ما يشبه القاعدة العامة نتيجة لمرسوم رقم 88-131 المنظم لعلاقة الإدارة بالمواطن[2] حيث علق الأستاذ **بناجي**: «**أنّنابصددمبدأتسبيبالقرارات الإدارية المتعلقة بالرفض، وكل قرار سلبي، فهذا الالتزام يستحق التتويج كمبدأ عام، فهو مكرس في المادة 10 وكذا المادة 25**»، وليرى الأستاذ **كراجي** أن الطلب من الإدارة ايراد الأسباب القانونية وبعد أمرا جديرا بالانتباه وقد تكرر ذلك في قرارات كثيرة، حتى يطلب منها تقديم القرار، وذكر التسبب القانوني حيث لم تعد قرينة المشروعية كافية[3]، ففي قرار ضد وزير المجاهدين[4] ف: «**(...) أن المحكمة العليا بلغت وزارة المجاهدين وذكرتها للمرة الثانية قصد تقديمها نسخة المداولة التي تمت في شأن نزع العضوية عن الطاعن (...) ولكن عدم استجابة الوزارة على استدعاء المحكمة العليا يجعل القرار على النحو المقدم للمحكمة العليا ما دام لم يثبت أنّ الطاعن قد استدعى لسماعه أمام اللجنة الوطنية الخاصة بالاعتراف بالعضوية، مما يستوجب بالتالي إبطال القرار المطعون فيه**».

وقد علق الأستاذين كراجي وشايب على أنّ: «**(...) ما يمكن ملاحظته أنّ موقف القاضي الإداري في موضوع التسبيب يشكل تقدما معتبرا رغم غياب أساس قانوني للتسبيب**»[5].

وقد اعتبره قاضي مجلس الدولة في قضية اتحاد البنوك ضد محافظ بنك الجزائر[1] من المبادئ العامة للقانون حيث ذكرت الحيثية: «**أنّ المقرر المعاد المتضمن وقف الاعتماد غير مسبب مخالفا بذلك**

---

[1] Note Brahimi (Med) sous l'arrêt, C.S, (ch, adm), TALBI R.A.S.TE ?, J.E.P. 1978.

[2] BENNADJI Cherif, les rapports entre l'administration et les administrés en droit algérien : l'impérative codification. Revue IDARA n°1, 2000 p

[3] Mustapha KARADJI, Soraya CHAIB, Le droit à la motivation des actes administratifs, La Revue IDARA, N°29, 2005, P.116.

[4] المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، قضية (ر.ع) ضد وزارة المجاهدين، ملف رقم 78954 بتاريخ 1991/10/05.

[5] Mustapha KARADJI, Soraya CHAIB, Op.cit.

المبادئ العامة للقانون التي تشترط في هذه الحالة تسبيب القرار الذي يضر بحقوق الطرف الآخر»، والتي تكتسي بالنسبة للقاضي الجزائري، الطبيعة الدستورية ضمنيا، حيث أنّه لا يميز بينهما، كما سبق لنا الإشارة الى ذلك بحكم الدسترة التي تعرضت لها هذه المبادئ[2].

سجل قاضي مجلس الدولة، في قرار منظمة المحامين لناحية وهران، قفزة نوعية وجرأة كبيرة حيث ذكر في الحيثية: «(...) **أن القرار أو المقرر فيه جاء غير مسبب في حين أنّ كل قرار إداري كان أم قضائي يجب ان يكون مسببا، وهذا وحده يكفي لإلغائه إضافة إلى كونه محررا باللغة الأجنبية(...)»**

وهكذا، واستنادا على هذه الحيثية، فيمكن القول أنّ تسبيب القرار الإداري قد أصبح قاعدة عامة، وأنّها من النظام العام.

والحقيقة أنّ توصّل القاضي الى هذه النتيجة جاءت بفعل تأثره بالمنطق الدستوري عموما، وبحكم المادة 144 من الدستور التي تنص على أنّ: «**تُعلّل الأحكام القضائية، ويُنطق بها في جلسات علانية**»، فالقياس على ذلك واضح، ويبدو أنّ القاضي الإداري، قد أعمل منطقا عاما كان قد أعلنه عند ما اعتبر أنّه الساهر على الضمانات الدستورية، انطلاقا من مضمون المادة 139 من الدستور.

فقد طبق الضمانات الأشد المقررة في الإجراءات الجزائية على الإجراءات الإدارية، وقد كان منطلقه وضع للقرار الإداري والقرار القضائي على قدم المساواة، وليرتب نفس الضمانات على كليهما، حيث يصبح تسبيب القرار قاعدة دستورية.

وقد توسّع مجال التسبيب ليشمل مجالا واسعا من حيث تضمينه في كل النصوص القانونية المتعلقة بالسلطات الإدارية المستقلة، بشكل خاص، وكذا النصوص المتعلقة بتنظيم المنظمات المهنية وحيث كان القرار تأديب، بشكل عام.

ونستنتج أن تطبيق نفس المنطق يمدد الضمانات الإجرائية لتشمل عناصر أخرى (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الثانية: توسع "ضمني" للضمانات.

تملك إمكانيات التمدد أسس قوية (1)، لتجد لها تكرسا في الممارسة التشريعية والتنظيمية (2).

---

[1] مجلس الدولة، أمر استعجالي، قضية اتحاد البنوك ضد محافظ بنك الجزائر، منشور، مجلة إدارة، سنة 2001، قضية رقم 001325 بتاريخ 1999/02/09.

[2] Mahiou (ahmed), op.cit.

(1) سبق لنا التأكيد على أنّ دسترة الإجراءات الإدارية بشكل قابل للتوسع ممكنا بنفس منطق الدسترة القائم على أساس المادة 139 من الدستور، وكذا نتيجة لانخراط القاضي الإداري، في هذا الاتجاه، كما سبق بيانه، فاعتبار القاضي الإداري أنّه حامي الحقوق والحريات، والساهر على الضمانات الدستورية أهّلته لأن يبدأ عملية بناء لنظام قانوني "مدستر" يرتكز على الضبط الدستوري للإجراءات الادارية في عملية قابلة للتوسع والتمدد.

وهكذا، فـ: «**قد أصبحت الحقوق الأساسية عناصر لا يمكن تفاديها في الدعاوي الإدارية كما المدنية**»[1]*، بعد ما كانت مجرد فرضيات، وخاصة، بحكم تأثير النموذج الألماني القائم على ضمانة الحقوق والحريات الأساسية، وخاصة، بحكم تأثير الأستاذ Assmann أنّ مسالة "تجسيد" Concretisation الدستور، وتطبيقه المباشر: «(...) **يتعلق ابتداء بقاعدة دولة القانون وضمانة الحماية القضائية الفعلية، بالاستناد الى المادة 4/19 من الدستور فهي الأساس الدستوري، يسمح باستنتاج عناصر بارزة للدعاوى القضائية**»[2]*.

قد أضحى الاهتمام بالإطار القانوني للإجراءات الإدارية في قلب الاهتمامات السياسية، أكثر مما هو مطلوب من القانون والإجراءات التشريعية حيث استفادت هاته الأخيرة من تأطير كثيف عبر النص الدستوري وكذا النصوص العضوية المؤطرة للإجراء التشريعي[3]، والتي تطورت في النظم المقارنة، وخاصة في النظام الفرنسي حيث أصبحت متطلبات وضوح القانون والاطلاع عليهL'intelligibilité أهدافا ذات طبيعة دستوري[4].

---

[1]Norbert Foulquier, Les droits subjectifs des administres, Dalloz, 2003, P.494.

* «Les droits fondamentaux sont devenus des éléments incontournables dans les procès tant administratifs que civils».

[2] Assmann, Op.cit. P.434.

* «La concrétisation ou l'application directe de la constitution intéresse d'abord la clause de l'Etat de droit et la protection juridictionnelle effective, par référence à l'article 19.4 de la constitution, de ce fondement constitutionnel, on peut déduire des éléments significatifs pour le procès en contentieux»

[3] القانون العضوي رقم 99-02 المنظم للعلاقات الوظيفية بين الحكومة والبرلمان بالإضافة الى القوانين العضوية المتضمنة لقوانين الداخلية لمجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني.

[4]Lucienne victoire Fernandez maublanc, accessibilité et intelligibilité de la loi ou la réhabilitation de la loi par le conseil constitutionnel in: Mélanges D. Lavroff, p.161.

ونحن نعلم أنّ السبق كان للقضاء الإداري في تأطير الاجراء الإداري عبر ترتيب الجزاء على مخالفة بعض المبادئ التي يراها "إجراءات جوهرية" من خلال عيب مخالفة الشكل والإجراءات، لتعويض نقص التأطير التشريعي الذي ورثناه عن النظام الفرنسي، على خلاف النظامين الألماني والامريكي[1].

والحقيقة أن المشرع قد أسهم في وضع القواعد المنظمة للإجراءات الادرية، والتي يصعب حصرها والتي من أهمها ما نعرفه حول إجراءات نزع الملكية[2] ودراسات التأثير في مجال البيئة، وخاصة في مجال الإجراءات الجبائية[3].

ولكننا نجد أنّ أهم أسس للاهتمام بالإجراءات الإدارية ما تضمنته المراسيم التنظيمية في إطار عمليات الإصلاح المتتالية التي تمت بمبادرة من السلطة التنفيذية[4].

وإننا نجد في اجتهاد السلطة التنفيذية ما اعتبرته أساسا دستوريا للتأثير على الإجراءات الإدارية حيث أستند في المقرر رقم 05 المتضمن «انشاء لجنة الاشراف على المخطط الوطني لتبسيط وتحسين الإجراءات الإدارية»[5]، وفي التأشيرة الأولى لهذا القرار نُصّ على المادتين 85، الفقرة الخامسة والمادة 125، والفقرة الثانية، حيث أن الفقرة الخامسة من المادة 85 تنص على أنّ الوزير الأول: «**يسهر على حسن سير الادارة العمومية**».

يبرز هذا التأسيس الدستوري المباشر تطورا مهما حيث يعد مبررا ودافعا قويا لتصرف الإدارة حيث أصبح توجها عالميا يتعلق «بتبسيط الإجراءات الإدارية»، فاعتبار ان حسن سير الإدارة العمومية واجب يقع على الإدارة، وأنه متطلب دستوري أساسي، يمنح السلطة التنفيذية شرعية الفعل وفعاليته، بما يسرع من التأطير الدستوري، ويكثفه.

وهكذا يمكن القول إنّ السلطة التنفيذية بتبنّيها لهذا الأساس الدستوري، قد جعلت من نفسها "ساهرا على الضمانات الدستورية" كما هو حال القاضي الادري الذي اعتبر نفسه كذلك، وبذلك، فقد أضحى ضامنا لها دون ضرورة المرور على الواسطة التشريعية.

---

[1] Starck, La Constitution : Cadre Et Mesure, Op.cit.

[2] القانون رقم 91-11 المتضمن نزع الملكية.

[3] قانون الإجراءات الجبائية المتضمن في القانون المالية لسنة 2000.

[4] بوسماح محمد أمين، محاضرات في المرفق العام، ديوان المطبوعات الجامعية.

[5] مقرر رقم 05 صادر عن الوزير الأول عبد المالك سلال، بتاريخ 15 نوفمبر 2014، غير منشور.

يعد هذا النص (أي مقرر الوزير الأول)[1] دليلا آخر على عمق أثر الدسترة، حيث تظهر التطبيق المباشر للدستور وتجسده من قبل السلطة الإدارية التنفيذية.

وتظهر كثير من النصوص التشريعية والتنظيمية أثر الضمانات الدستورية على الإجراءات الإدارية (2).

(2) تجد الضمانات الدستورية التي تقع على الإجراءات الإدارية مجالا واسعا للانطباق بفعل التشريعات التي تنظم خاصة المجال العام السياسي والاقتصادي الذي يقوم على أساس الحريات وما ترتب عنها من متطلبات مؤثرة على جميع الإجراءات العمومية، سواء ما تعلق بالمبادئ المتعلقة بالحياة العامة القائمة على أساس مبدأ المشاركة، أو ما تعلق منها بمبدأ حرية التجارة والصناعة الذي اقتضى متطلبات ومبادئ مشتقة منه تدور حوله لتضمنها كمبدأ المنافسة وما يتطلبه من شفافية الإجراءات العمومية.

ويمكن القول أن المرسوم رقم 88-131 المنظم لعلاقة الإدارة بالمواطن يعد "ثورة" في ظل دستور 1976، حيث كان وما زال أساسا قويا لضبط الإجراءات الادارية، والذي يمكن أنْ يتطور على شاكلة النظم المقارنة، كحال النظام الفرنسي حيث يسعى الى: «تدوين الإجراءات الإدارية»[2] انطلاقا من قانون 12 نوفمبر 2013 الذي يُؤهل الحكومة لتبسيط العلاقات بين الإدارة والمواطنين الذي يرمي الى: «تسهيل النقاش بين الإدارات والمواطنين، القائمة على تبسيط العلاقات، والشفافية، وقدر كبير من استجابة الإدارة» (كما جاء في عرض الأسباب)[3]، فقد نصّ هذا القانون الفرنسي (المادة 03 منه) على أنّ: «تبسيط الإجراءات الإدارية، وكذا قواعد السحب والالغاء من اجل تحقيق الانسجام والسلامة القانونية»، وكذا: «تقوية مشاركة الجمهور في اعداد القرارات الإدارية».

وإنّنا نجد أنّ مبدأ المشاركة المكرس دستوريا، سواء في دستور 22 نوفمبر 1976، أو في دستور 28 نوفمبر 1996، يجد له تطبيقا في النصوص الجديدة المكرسة لمبادئ الحكم الراشد، كما نص عليها القانون رقم 06-06 المتعلق بالمدينة حيث نص على هذه المبادئ، وقام بتعريفها كمبادئ الجوار والمشاركة وعدم التركيز.

[1] الذي يطرح مسالة صيغته حيث نرى أنّه كان من الاجدر أن تصدر في شكل مرسوم تنفيذي.
[2] Pascal Gonod, codification de la procédure administrative, A.J.D.A N° 7/2014, p 395.
[3] Op.cit. P.395.

وقد افرد قانون البلدية الجديد رقم 01/11 بابا أول يتعلق "بالمبادئ الاساسية" التي من أهمها إعمال وتجسيد مبدأ المشاركة حيث نصت المادة 02 على أنّ: «**البلدية هي القاعدة الاقليمية للامركزية، ومكان لممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية**».

وقد خصص بابا جديدا وعنونه بـ: «مشاركة المواطنين ف تسيير شؤون البلدية» حيث تنص المادة 2/11 على أن: «(...) يتخذ المجلس الشعبي البلدية كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (...)».

وقد تدعم المبدأ في شقه الاتفاقي، بما يعتبر اندماجا في الكتلة الدستورية حيث نصت الاتفاقية الافريقية لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة[1] على أنّه: «**يتعين على الإدارة العامة الاتسام بالتشاركية وضمان التشريك الفعلي لكافة المتدخلين لمعنيين بما في ذلك المجتمع المدني في تخطيط الخدمات العامة وتقديمها**» (المادة 4/5).

ويكون المشرع قد جسد مجموعة المبادئ الدستورية التي جاءت في التأشيرة الأولى لقانون البلدية، وخاصة لمبدأ المشاركة الذي يجد له أساسا في دستور 1976 الذي يعطي مجالا واسعا، حيث لا تنحصر المشاركة في المجال السياسي عبر الانتخابات بل يمتد الى المشاركة في القضايا الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وقد ورثها الدستور الحالي من خلال مبدأ المشاركة الفعلية، وهو ما أكده راي المجلس الدستوري فيما يتعلق بالتعديل الدستوري لسنة 2008[2] حيث أدرج ديباجة الدستور في فقرتها الثامنة.

وهكذا، فالمادة تتضمن كمونات كبيرة من حيث تفسيرها، وهذا يجعلنا نتصور مشاركة المواطنين في القرارات المتعلقة بميزانيات البلديات وإعانات الدولة[3]، والحقيقة أن نصوص كثيرة تتعلق بالمشاركة سواء فيما يتعلق بالتهيئة الإقليمية[4]، أو ما تعلق بالبيئة[5]، أو ما تعلق بالأحواض الهيدرولوجية، وينتظر أن تكرس مبادئ الحكم الراشد المنصبة على فكرة أو سع للمشاركة عبر دسترتها في التعديل القادم، بشكل نصي صريح كم تمت في الدساتير في فرنسا، وفي دول المغرب العربي.

ولعل من أهم المبادئ التي احتلت مكانة قانونية هو مبدأ الشفافية، الذي يعد متطلبا أساسيا من متطلبات الحكم الراشد، الذي ينصب على الإجراءات الإدارية التي تسهم في تحضير وإعداد مجموعة

---

[1] سبق ذكرها0
[2] رأي المتعلّق بالمراقبة على التعديل الدستوري لسنة 2008.
[3] رسالة دكتورا تحت اشراف الأستاذة غاوثي حول برامج التنمية المحلية.
[4] القانون رقم 20/01 المتعلق بتهيئة الإقليم في إطار التنمية المستدامة.
[5] القانون رقم 03/03.

متداخلة من القرارات الإدارية، فهو مكرّس في مجموعة من النصوص التشريعية، وخاصة ما تعلق منها بالصفقات العمومية، وفي نصوص أخرى كقانون البلدية مثلا.

وقد كان تظمينه في اتفاقية مكافحة الفساد[1] سببا في ترقية مكانته القانونية حيث نعتبره مبدأ ذو طبيعة دستورية بحكم كون الاتفاقية المصادق عليها أصبحت جزءا من "الكتلة الدستورية"، وقد كان مجال التطبيق يخص بشكل أساسي ميدان الصفقات العمومية، حيث نصّت المادة التاسعة منه على أن: «تقوم كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني بالخطوات الازمة لإنشاء نظم اشتراء مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى صعيد معايير موضوعية في اتخاذ القرارات، (...)».

وقد أدى هذا التكريس الى التأثير على النصوص القانونية حيث نصّت المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بمكافحة الرشوة على: «يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية».

ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- على علانية المعلومات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.

وكذلك مرسوم الصفقات العمومية، في مادته الثالثة وفي مجموع النص ككل[2].

وهكذا، فإننا نعتبر مبادئ العلانية والاشهار كمبدأين مشتقين من مبدأ الشفافية، او عناصر يمليها المبدأ، وقياسا على اجتهاد مجلس الدولة الذي اعتبر تسبيب القرار الإداري قاعدة عامة دستورية كما استنتجناه في الفقرة السابقة فإن ما ينطبق على القرار القضائي ما ينطبق على القرار الإداري حيث تنص المادة 144 على: «علانية الجلسات»، فيمكننا أن نعتبر أنّ علانية القرار الإداري عنصر يتعلق بشرعية القرار الإداري، فمخالفته مخالفة لقاعدة دستورية.

والحقيقة أنّ النظام القانوني للقرارات الإداري في مجالات هامة يُخضِع التصرفات القانونية للإدارية العمومية لعلانية بحكم النشر العام وخاصة في مجال الصفقات والتوظيف والانتخاب.

وقد كرس المشرع في تطور مهم جزاء فعالا على مخالفة مبدأ العلانية والإشهار، حيث جاء في نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: «**يجوز إخطار المحكمة الإدارية**

[1] سبق الذكر في الفصل الأول من هذا الباب

[2] سبق الإشارة إليه.

بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة الي تخضع لها عمليا ابرام العقود الإدارية والصفقات العمومية».

فقد وضع المشرع قاعدة ومبدأ عاما تشريعيا يتمثل في اخضاع كل العقود الإدارية، بما فيها الصفقات العمومية لمبدأ الإشهار بما يبدو كاستجابة لمتطلب دستوري يقتضي شفافية جميع الإجراءات الإدارية، القرارات والعقود، **والتي تدعمت بما جاء في الاتفاقية الإفريقية للمرفق العام والإدارة من النص على أن من بين الأهداف هو:** «التأسيس لثقافة المساءلة، والنزاهة والشفافية في خدمة العامة والإدارة»، بما يرقّي المبدأ لأن يصبح مبدأ ذو طبيعة دستورية.

وقد تطور التأطير الدستوري للعمل الإداري عموما بالنص على مبدأ عام تحيز الإدارة بما يدعم دسترة النظام القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: تأطير السلطة التقديرية عبر مبدأ عدم تحيز الإدارة

إنّ دسترة عدم تحيز الإدارة (الفقرة الاولى) يجعل من مخالفته مخالفة للشرعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مبدأ عدم تحيز الإدارة مبدأ دستوري مستقل

تطور المبدأ في مضمونه (1) وفي قيمته القانونية حيث أصبح مبدأ دستوريا (2).

(1) مما لا شد فيه أن عدم التحيز، اختلط بمفهوم الحياد ومازال، ف: «حياد الدولة الليبيرالية كان أساسا لقاعدة العمل الحر (دعه يعمل)، أي بمعنى الامتناع».

وقد أصبحت الدولة، مدعوة بإلحاح الى الإقلاع عن الامتناع الحذر بمنح كل واحد وسائل ممارسة حقوقهم، فقد حلت الحريات الفعلية محل الحريات الشكلية»[1*]، كما جاء في تعريف الموسوعة العالمية.

وليواصل القول فيما يتعلق بتطور المفهوم أنّه: «**بالفعل، فكل هذا التطور لا يقلص من أهمية الحياد، ولكن يزيده، ولكنه يحوله، فمن رمز للامتناع بالأمس، أصبح مرادفا لعدم التحيز اليوم**»[1].

---

[1] Encyclopédia Universalis, la neutralité, année 1996, P.292.

[*] «(…), la neutralité de l'état libéral était à base de laisser faire, c'est à dire l'abstention».

«L'état est sans cesse sollicité de se départir de son abstention prudente en fournissant aux uns et aux autres les moyens d'exercer leurs droit, aux libertés abstraites ont succédé les libertés concrètes».

«En fait, toute, cette évolution ne réduit pas l'importance de la neutralité, mais l'accroit plutôt, mais en le transformant, symbole d'abstention hier, elle devient aujourd'hui spanome d'impartialité».

جاء هذا التطور بفعل التحولات التي عرفتها وظيفة الدولة، فالمفاهيم الليبيرالية تعرضت الى التكييف فـ: «فالمفاهيم الليبيرالية قاطعة وحادةTranchante»[2]، كما هو الامر في مفهوم الحياد الذي اقتضى الانتقال الى مفهوم عدم التحيز الذي يقتضي الانتقال الى قاعدة القيام بالفعل، أي الانتقال من تصرف سلبي الى تصرف إيجابي، وكان ذلك بفعل عاملين خلّفا اضطراب يرتبطان بمجالي انطباق مبدأ حياد الإدارة وهما: مجال المساواة ومجال الصالح العام، كما لاحظ ذلك الإستاد Antoine Louvaris[3]، فأما العامل الأول، فيتعلق بما لاحظه الإستاد Degoffe[4] من أنّ: «**القاضي الإداري يثير التزام عدم التحيز، لأن مبدأ المساواة كشف عن ضعفه**»، وأمّا العامل الثاني فيتعلق بالصالح العام، فـ: «الصالح العام والمرفق العام أكثر تغيرا»[5]، فهذا اقتضى، في الواقع، التدخل الضروري للإدارة، مما استدعى الاعتراف لها سلطة تقديرية في مجال الصالح العام.

فقد اعتبر Haurion أنّ: «**السلطة التقديرية للإدارة تظهر إذن، كقدرة على المبادرة وكاستقلال قانوني للإدارة**»[6]*، لكن Vedel**الذي يعترف بوجود السلطة التقديرية**، و: «ولكنه لا يعتبرها مبدأ عاما للنشاط فهي كـ "هامش غير قابل للتقليص"، "يملك طابعا استثنائيا"»[7].

وهكذا، فـ: «**متطلب الحياد**، يمكن أن يعبر عنه أحيانا بفرض امتناع الإدارة، "حياد سلبي" une neutralité passive، وأحيانا أخرى بالتدخل، فهي "حياد فاعل"،une neutralité active[8]، وينطبق ذلك سواء في مجال الحريات والمساواة أو في مجال الصالح العام.

وقد كان الميدان الأصلي (التاريخي) لتطبيق مبدأ الحياد في النظام الفرنسي، هو ميدان التعليم بعد فرض لائكية التعليم، حيث اعتبر الحياد مبدأ مشتق منه[9]، ليتطور ويتعقد، ليصبح مبدأ ينطبق خصوصا في مجال الوظيفة العمومية[10]، وليجعل المجلس الدستوري الفرنسي من "واجب عدم التحيز"، ويؤكد عليه[1] وليكشفه مجلس الدولة ويكرسه كمبدأ عام في قرار Didier[2] مما وسع من مضمونه.

---

[1] نفس الفقرة المترجمة

[2] Morand, le droit du néo.

[3] Antoine Louvaris, l'application du principe de neutralité par l'administration, les cahiers de la fonction publique, n°27, Nov. 2002, P.8.

[4] Degoffe Michel, op.cit. p.731.

[5] Caillasse, sous le droit administratif, quelles(s) administration(s) ? Op.cit. P.72.

[6] Haurioun op.cit. P.615.

[7] Vedel, la notion de cause en droit administratif.

[8] Antoine Louvaris, Op.cit. P.07.

[9] Marie Picard, le principe de laïcité et son application aux agents des services publics, cahiers de la fonction publique, novembre 2002.

[10] Vassilios Kondylis, le principe de la Neutralité dans la fonction publique.

وقد كان موضوع حياد الدولة موضوعا متجدداً، وخاصة في الدول الاوروبية، حيث تطوّر في الواقع من: «تصوّر أوروبي قائم على عدم التحيّز الموضوعي الذي يعتبر الامتداد المتشدّد للنموذج البريطاني[3]الي دعم "خوصصة" النزاع الإداري»[4]، والذي يُثار في النظام الفرنسي، على ضوء مبدأ اللائكية، الذي تمدد من التعليم ليعمم على المرافق العامة، لينتهي بقانون 2004حول الحجاب، مرورا بقرار خروع Kherouaaلمجلس الدولة الفرنسي وقد أثارت المحكمة الدستورية الألمانية مبدأ الحياد في مجال التعليم، والتوظيف العمومي بشكل عام، في قضية المعلمة ذات الأصول الأفغانية والديانة الاسلامية التي رُفض توظيفها كمعلمة لارتدائها الحجاب (foulard) حيث قضت كل المحاكم الإدارية في درجاتها بتأكيد قرار الإدارة بعدم التوظيف الى أن قضت المحكمة الدستورية الفدرالية بأن: «ارتداء الحجاب (...) لايمكن تكييفه أنّه عدم قدرة على تقلد منصب أستاذ تعليم ابتدائي، فهو مساس بمبدأ المساواة في الالتحاق بالوظيفة العامة حسب المادة 2/33، بالحق في الحرية الدينية المضمونة بالمادة 1/4 و2، وهكذا يعتبر رفض التحاق المدعية بالوظيفة العمومية أمر غير مقبول من زاوية القانون الدستوري»[5].

فالأمر يتعلق في هذا التصور الألماني، المختلف عن التصور الفرنسي، بما اعتبره الدستور الألماني التزام الدولة بالحياد في المجال الديني والفلسفي.

ونجد أنّ المشرّع الجزائري قد كرّس مبدأ حياد مرفق التعليم والتربية في القانون التوجيهي رقم 08-04.

فلا شكّ أنّ تبنّي مبدأ عدم تحيّز الإدارة سيكشف عن مضمونه في النظام الجزائري عبر ما تضمنته النصوص التشريعية والتنظيمية وكذا الاجتهاد القضائي.

(2) كرست المادة 123 من دستور 28 نوفمبر 1996 عدم تحيز الإدارة كمبدأ دستوري عام ينطبق على الإدارة، بما قد يعتبر أثرا ونتيجة للتوجه الليبيرالي لدستور 23 فبراير 1989، سواء فيما تعلق بالجانب السياسي والانتقال من الواحدية الحزبية ووحدة الحزب والدولة المكرسة في دستور 22 نوفمبر

---

[1] D.C. du 28 Juillet, 1989, in : G.A.J.A, n°108, p 799, 15° Edition, 2005, Dalloz.
[2] C.E, ass, 3 Déc. 1999, Didier.
[3] Gandreau Stéphane, La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law, R.D.P. N°2, 2005, P.319.
[4] Ibidem, P.312.
[5] Arrêt de la seconde chambre du 24 septembre 2003 in : "Sélection de décisions de la cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (extraits), les cahiers du conseil constitutionnel n°15, 2003, P.115.

1976[1]، والجانب الاقتصادي والذي كرس حرية التجارة والصناعة في المادة 37 من دستور 28 نوفمبر 1996.

وقد كان مصطلح عدم التحيز محلا للملاحظات حيث أبدى رئيس الحكومة الأسبق مولود حمروش في رأيه حول مشروع رئاسة الجمهورية للتعديل الدستور لـ 1996 حيث رأى أنّ: «لفظ حياد الإدارة أكثر إجرائية من عدم التحيز، فالمرَافق العامة، ليس من شأنها أن "تقضي وتحكم"، فحياد الإدارة يعبر عنه باحترام القانون، ومراقبة النشاط الحكومي (...)»[2][*].

والحقيقة أن هذه "الترقية" الدستورية للمبدأ كانت نتيجة للمنطق الدستوري الجديد القائم على الحريات والضمانات الحقوق، ولتكريسه في نصوص عديدة ذات طابع تنظيمي في عهد حكومة الإصلاحات تحت قيادة مولود حمروش.

وقد ظهر مبدأ عدم التحيز في شقه الإيجابي، في مجال الاعلام حيث أن قانون الاعلام (90-07)، وخاصة المرسوم ودفتر الشروط المتعلق بالإذاعة والتلفزيون كمرفق عام الذي يحض على احترام تعددية التيارات الثقافية والسياسية وضرورة دعمها بما يدعم حياد المرفق العام[3].

وكانت المراسيم المتعلقة بالوظيف السامي (90-226 وما يليها) قد ذكرت المصطلح في مادتها الثالثة عندما نصت على الحياد وعلى الموضوعية اتجاه مستعملي المرفق العام وكذلك تماشى هذا الالتزام الواقع على الموظفين الساميين من الحياد مع إعادة تنظيم الإدارة المركزية عبر المرسوم التنفيذي رقم 90-188 الذي يميز بن الأجهزة والهياكل حيث تعد الثانية: "الإدارة الأساسية" المتمتعة بالاستمرارية وتعود الى الأولى وخاصة الديوان المهام السياسية، بما يعد ترجمة هيكلية للفصل بين الإداري والسياسي حيث يملك الأمين العام للوزارة السلطة الرئاسية على هياكل الوزارة والذي يشكل الوجه الإداري الصريح للإدارة والذي استفاد من مرسوم خاص (المرسوم الرئاسي رقم 97-01) لتأكيد تلك المكانة، ويبقى الوزير الرجل السياسي، عضو الحكومة في دائرة المسؤولية السياسية للحكومة.

وليكرس المبدأ، بسرعة، في المجال السياسي، حيث فرض المرسوم التنفيذي رقم 93-54 "واجب التحفظ" على الموظفين بمنعهم الخوض في الجدال السياسي، وإن كان قد استند الى المرسوم التشريعي

---

[1] بودريوة عبد الكريم، مبدأ حياد الإدارة، رسالة دكتوراه، سنة 2005، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

[2] Boussoumah (M.E) : les parenthèses des pouvoirs publics : O.P.U, P.309.

[*] «Le terme de neutralité de l'administration est opératoire que le substantif d'impartialité, les services publics, n'ayant pas vocation à "juger et arbitrer" : la neutralité de l'administration s'exprime à travers ce respect de la loi, contrôle de l'action gouvernent mentale».

[3] المرسوم التنفيذي رقم 90-100 والمرسوم 91-101.

الذي يمدد حالة الطوارئ فهذا لا يمس اعتباره قد وضع مبدأ عاما، **والذيقنن في المادة 26 من قانون الوظيف العمومي** فـ: «**حرية الرأي مضمونة للموظف(...) احترام واجب**».

ولكن حقيقة المبدأ أظهرت، كما أشرنا آنفا، أنّ مفهوم التحيز أعمق من مفهوم الحياد، فمفهوم الإدارة أوسع من مفهوم المرفق العام، خاصة في مظهرها الجديد المتمثل في السلطات الإدارية المستقلة فهي التي: «تقضي وتحكم» كما سنراه لاحقا، وقد أثبت القانون المقارن أنّ عدم التحيز يغطي مفهوم الحياد ويتجاوزه[1].

يعد تكريسه كمبدأ دستوري أثر لإقرار مبدأ الفصل بين السلطات، وخاصة استقلالية الإدارة، فهذا، يقتضي أن تصبح خاضعة لمبدأ الحياد، فـ: «**فكرة أنّه من الواجب الحفاظ على المؤسسات قديمة قدم المؤسسات السياسية، فهي تتخذ شكلا خاصا بالنسبة لحالة السلطات المنفصلة أو المقسمة**»[2][*]، وأمّا في الشق الاقتصادي، فد كانت دسترة المبدأ محايثة لدسترة مبدأ حرية التجارة والصناعة، فقد جاء في نفس التعديل الدستوري لسنة 1996، بما يبرز الصلة الوثيقة بينهما، فيبدو أن كضمانين للحريات، وخاصة الحرية الاقتصادية المكرسة حديثا.

والحقيقة أنّ إقرار هذا المبدأ بهذه العلانية الدستورية، وكمبدأ مستقبل يجعله يلعب دور وظيفة قانونية كبرى في رسم العلاقة بين الإدارة ومحيطها.

وهكذا، فالمبدأ سيكسبها "المشروعية" La Légitimité، إضافة الى الفعالية (بالمعنى القديم) والكفاءة، كما يرى ذلك الأستاذ Rosanvallon[3]، حيث تصبح هناك "مشروعية إدارية" الى جانب المشروعية السياسية الانتخابية، وكذا مشروعية الفاعلين عن طريق الديمقراطية التشاركية عبر آليات الحكم الراشد.

وقد دعمت الاتفاقية المتضمنة الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة[4]، هذه الدسترة المباشرة للمبدأ، بما جاء المادة الثالثة (03) حيث نصت على مجموعة المبادئ المتعلقة بالمرفق العام، والتي من بينها "الحياد" الذي جاء مقرونا بالإنصاف واحترام الشرعية فيما يتعلق بتقديم الخدمة العامة،

---

[1] Stéphane Gaudreau, la théorie de l'apparence, R.D.P : n°2, 2005.
[2] Sandrine Baume, De l'usage des pouvoirs neutres, Revue pouvoirs, n°147, 2012, p 18.
[*] «L'idée qu'il faille préserver les institutions est aussi ancienne que les institutions politiques, Elle prend une tournure particulière dans le cas de pouvoirs séparés ou divisés»
[3] Rosanvallon (Pierre), La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité, Le seuil, 2008.
[4] مرسوم رئاسي رقم 12-415 مؤرخ في 27 محرم عام 1434 الموافق 11 ديسمبر سنة 2012، سبق الإشارة اليه.

وهكذا يدستر، بطريقة غير مباشرة، عن طريق الاتفاقية مبدأ "حياد للمرفق العام" بشكل صريح، بما يعزز مكونات عدم التحيز المنطبقة على الإدارة فعموما يترتب عن ذلك آثارا عامة تنصرف إلى الإدارة وأعمالها بدون تضييق **حيث تصبح مخالفة مبدأ عدم التحيز مخالفة للشرعية (الفقرة الثانية).**

الفقرة الثانية: مخالفة المبدأ مخالفة للشرعية الإدارية.

يسمح وجود مبدأ عدم تحيز الإدارة، يترتب آثار فيما يتعلق بتأطير سلطة الإدارة التقديرية أساسا (1) وفي مجال تدخلها الاقتصادي بشكل خاص (2).

(1) تقترح المادة 23 من الدستور تأطيرا مستقلا للسلطة التقديرية للإدارة الذي هو اعتراف "ضمني" دستوري بتلك السلطة، فهي لم تعد "ضيقة" و"استثنائية" كما في الإيديولوجية القانونية الليبيرالية، كما عبر عن ذلك Vedel، فهي اعتراف بواقع وقوة هذه السلطة، فلا يخلو نص تشريعي من الاعتراف لها بذلك، بحكم الضرورة دائما، فصيغ: "يجوز"، و"يمكن" تتكرر بكثرة وباستمرار، وتبقى مناطق ظل كثيرة تتمدد فيها سلطة الإدارة التقديرية، والتي قد تكون لها آثار مالية كحال منح الإعانات المالية للهيئات والجمعيات، وهي نتيجة لحركية توزيع المهام بين الدولة والفاعلين الاجتماعيين.

وهكذا يمنح الالتزام الدستوري المفروض على الإدارة بعدم التحيز في حالة استعمال سلطتها التقديرية، مشروعية لم تكن تملكها، وتحولها من حالة استثنائية الى حالة عادية، فهي قد اعترف لها بأنّها وسيلة من وسائل إقامة الشرعية[1]، فهي تعتبر وسيلة لتجسيد القانون وتطبيقه، يندرج في إطار الاعتراف في إطار العام بالسلطة التنظيمية للإدارة عموما، سواء أكانت، بالنسبة للسلطة التنفيذية، او الجماعات الإقليمية وبالتالي فهي تتحول الى مفهوم قانوني، فلم يعد مجالا لحرية الإدارة، فالاعتراف شرط لتقييد سلطتها، والذي أصبح قيدا مبدئي بقيمة دستورية.

وقد ترتب عن تبني المبدأ آثارا في يتعلق بتنظيم الإدارة، سواء على مستوى هيكلتها، أو في نظام موظفيها.

فأمّا على مستوى التنظيم الإداري، فإن مبدأ عدم التحيز يتغذى من: «(...) الأيديولوجية المشرعنة (...) حول أسطورة mythe الصالح العام حيث تثبت حيادية الإدارة»، الذي يهدف الى إبعاد السياسة

[1] Chapus, Op.cit.

عن الإدارة والقائم على: «التقسيم بين السياسي والإداري الذي يمثل احدى مصطلحات المرجعية paradigmes للتفكير القانوني(...)»[1].

وقد أدى الى، كما رأينا في الفقرة السابقة، الى تنظيم جديد للإدارة المركزية استجابة الى: «(...) ضرورات (ضمانات) عدم التحيز»[2] حيث نتج عنه: «تصدع عضوي داخل الإدارة مع ظهور السلطات الإدارية المستقلة(...)»[3*] حيث تم التركيز على ضمانات الاستقلالية العضوية[4]، من حيث الفصل بين الهيئات، وبين مراحل العمل الإدارية، وقد أخضعت هذه السلطات الإدارية المستقلة لمبدأ الحياد بأشكال متعددة وبدرجات متفاوتة[5].

وقد انصرفت تلك المتطلبات لتطال هيئات أخرى داخل الإدارة الكلاسيكية في حد ذاتها، حيث تخضع كثير من اللجان الى متطلبات الفصل العضوي والمادي ولعل من أهم الميادين المفضلة لها هي ميدان الصفقات العمومية حيث يحكمها مبدأ الفصل العضوي والمادي بين لجانها[6].

وقد امتد المتطلب الحيادي الى تأسيس هيئات إدارية، وخاصة في مجال الانتخابات كاللجان الانتخابية البلدية والولائية ولجنة الإشراف القضائي على الانتخابات[7].

وأمّا على المستوى الثاني، فقد تأثرت وضعية ونظم الموظفين، وحيث أصبح الموظف العمومي خاضع لمبدأ عدم التحيز حيث تنص المادة 41 من أمر 15 يوليو 2006 على أنّه: «يجب على الموظف أن يمارس مهامه بكل أمانة وبدون تحيز»، وكذا عدم تأثر حياته المهنية بانتمائه الحزبي والسياسي ولا بآرائه قبل وأثناء عهدته الانتخابية سواء كانت سياسية وحزبية» (المواد 28 و29 من نفس الأمر).

وقد أخضع المرسوم الرئاسي 99-240 المتضمن التعيين في الوظائف المدنية والعسكرية الموظفين السامين لمبدأ عدم التحيز حيث أنّه استند الى المادة 23 من الدستور ضمن التأشيرات حيث كانت المادة الأولى في ترتيب المواد الدستورية التي استند اليها كتأشيرات.

---

[1] J. Chevallier, Op.cit. P.70.
[2] C.E, l'arrêt Didier de jacité
[3] Antoine Louvaris, Op.cit. P.10.
[*] (…) une césure organique au sein de l'administration avec des autorités administratives indépendantes».
[4] Jacques Chevallier, l'institution des autorités administratives indépendantes, J.C.P, 1986.
[5] La Revue IDARA, numéro spécial.
[6] وهذا وفقا للتعديلات الأخيرة للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 الذي استبدل بالمرسوم رقم 236/10 الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 2010.
[7] حيث يمكن تكييفها أنّها هيئة قضائية (ضمانة) تصدر قرارات إدارية قابلة للتنفيذ (فعالية).

وفي إطار دستوري متماسك، فقد نص على قاعدة التنافي مع العهدة النيابية والتي نظمها عبر قانون عضوي (القانون العضوي رقم 12) وقد انطبقت قاعدة تنازع المصالح بشكل أساسي على النواب المحليين، حيث تم تشديد في القانون المتعلق بالبلدية[1]، وقانون الولاية[2]، وبالنسبة لكثير من أعضاء مجالس السلطات الإدارية المستقلة[3]، من حيث تنافي العضوية مع امتلاكها لمصالح في القطاع الذي يقع في دائرة اختصاص سلطاتهم المستقلة، والذي أصبح موضوعا فرض نفسه في نظم قانونية مشابهة[4].

وقد قضى قاضي مجلس الدولة، بهذا الصدد في قرار صادر عن الغرفة الثانية في 2001/04/09، استناداً الى الحيثية التالية: «**حيث بالفعل، فإن المرسوم التنفيذي رقم 54/93 المؤرخ في 93/02/16 المحدد لبعض الالتزامات الخاصة القابلة للتطبيق على الموظفين والأعوان الإداريين وكذا عمال المؤسسات العمومية (...) يلقي على عاتق الموظف التزامات بالتحفظ بخصوص الجدل السياسي أو الإيديولوجي وهذا الالتزام حتى خارج العمل(...).**

حيث إنّ عدم احترام هذا الالتزام يشكل خطأ مهنيا جسيما يمكن أن يؤدي الى العزل»

وقد لجأ القاضي الإداري لمحكمة إدارية (محكمة الاغواط[5]) الى ذكر التحيز بشكل صريح ففي هذه القضية التي طرفيها مرشحين من حزبيين متنافسين لرئاسة المجلس الشعبي الولائي، يعتبر أن الولاية مخرجة من الخصام، ولكنها تصر على: «**(...) إيفاد دفوع تصب كلها في صالح المدعو (...) بل وهي نفس دفوعه، (...)**»، وليذكر في القاضي أن: «**(...) أعوان الإدارة ومن بينهم والي الولاية ملزمين طبقا للمادة 160 من قانون الانتخابات بالحياد الصارم بين الأحزاب**»، وليضيف في نفس الحيثية دعما وتأسيسا لقناعته ليؤكد من جديد أنّ: «**(...) هذه الدفوع تجسد وتعبر عن تحيز جلي لصالح منتخب وضد منتخب آخر(...)**».

وقد غلب مصطلح حياد الإدارة في النصوص التشريعية كقانون الوظيف العمومي والقانون التوجيهي للتربية والانتخابات حصوصا، لغلبة الاعتبارات السياسية التي تميز عادة، فترات التحول السياسي، ولكننا نعتقد أن مبدأ عدم التحيز الإدارة، ينطبق أساسا على علاقة الإدارة، أي موظفيها بالاقتصاد(2).

---

[1] من قانون 10/11

[2] من قانون 07/12

[3] من قانون المناجم.

[4] La Revue pouvoirs, N° spécial, les incompatibilités, 2013.

[5] سبق ذكره

(2) يعتبر عدم التحيز، من هذه الزاوية، كما سبق وأن أشرنا له في الفقرات السابقة، عملاً تدخُليّاً إيجابياً تدعى فيه الإدارة الى التدخل في ضبط الاقتصاد عبر التوفيق بين إقامة وتجسيد الحريات الاقتصادية وإقامة المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي، خصوصا.

والحقيقة أن عدم تحيز الإدارة في المجال الاقتصادي هو نتيجة وأثر لحرية التجارة والصناعة التي كما رأينا[1] أنتجت أثر عميقا حيث أقامت حولها نظاما عاما اقتصادياً جديد.

ولكن هذه الحرية قد اصطدمت بضرورة المرافق العامة، والتي أطرت في ظل الحرية بالاعتراف بالتدخل المحدود في مجالات تتعلق بالضبط الإداري، وعندما يقتضي احتكار فعلي شغل ملك عام، وكذا في حالة قصور المبادة الخاصة، حيث امتد مفهوم الصالح العام الى المصلحة العامة الاقتصادية[2]، ليحدث اضطراب على مفهوم النظام القانوني والقاضي المختص[3].

وقد سبق وأكدنا على أن المبادئ والحريات خصوصا تحدد الإطار الدستوري للإدارة، وهي تؤطر امتيازات الإدارة، بالنظر لهذه الحريات، وخاصة حرية التجارة والصناعة، فقد تقلصت حرية الإدارة في انشاء وخلق المرافق العامة، فهي مدعوة الى التوفيق بين ذلك وبين الحريات الاقتصادية.

وقد أنتج ذلك، مفهوم الضبط الاقتصادي[4] والذي يهدف الى تطبيق آثار مبدأ حرية التجارة والصناعة، وخاصة، مبدأ المنافسة بكل آثارها، على المرافق العمومية الاقتصادية[5]، فـ: «**التحليل الاقتصادي انطلاقا من مفاهيم السوق...، والتعسف في الهيمنة، (...)، وظهرت أكثر فاعلية من تفحص شرعية اللجوء بالنظر الى معنى امتيازات السلطة العامة، وكذا النظام القانوني، فقانون المنافسة أحدث اضطرابا**»[6][*].

---

[1] كما رأينا في الباب الأول، الفصل الثاني

[2] Voir, Danielle Lochak, le rôle politique du juge administratif, Op.cit. P.244.

[3] C.E.1924, La société commerciale de l'ouest africain, in : «G.A.J.A», 15° Edition 2005.

[4] Lauren Calandri, Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, L.G.D.G, 2008.

[5] Zouamia (Rachid) le droit de la régulation économique.

[6] Aurélien Antoine, prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence, L.G.D.J. 2009. Op.cit. P.27.

[*] «l'analyse économique à partir de concepts comme le marché pertinent, l'abus de position dominante, (...), s'avéré suivent plus effective que l'examen de la légalité du recours aux moyens exorbitants du droit commun en fonction des principe du commerce et d'industrie et légalité, que ce soit à l'égard des prérogative puissance publique que leur régime, le droit de la concurrence est perturbateur».

فالحياد يتعلق باستعمال امتيازات السلطة العامة، حيث قد تقتضي الامتناع او القيام بعمل أي اتخاذ القرارات الإدارية سواء في مجال الحريات الاقتصادية كمنح الرخص في مجالات الاتصالات، والمناجم، وضبط المرافق العمومية كالماء، والكهرباء، حيث تتخذها هيئات مستقلة (AAI) تتمتع بالحياد الكافي حيث تعمل وفق النموذج القضائي تقريبا.

حيث أنّ دسترة عدم تحيّز الإدارة مرتبط بتأسيس السلطات الإدارية المستقلة فهي تعدّ ضمانة الحياد المؤسساتية الأساسية ، فإنْ كانت، في النظام الفرنسي، قد استفادت من دسترة غير مباشرة، عبر اجتهادات المجلس الدستوري الذي اعترف بها وأطّرها دستورياً، وإنْ كانت دسترة غير مكتملة، كما وصفها الأستاذ Montalivet[1]، فلم تُتَحِ الفرصة لطرحِ مدى دستورية وجودها، وكذا ما تعلّق بسلطاتها التنظيمية المؤثّرة على المبدأين الأساسي لتنظيم السلطات، كما استقرّت في اجتهاد المجلس الدستوري، ألا وهما: مبدأ الفصل بين السلطات وتوزيع الاختصاصات.

وقد أحدثت خاصة في المجال الاقتصادي كضمانة لاحترام المبدأ الدستوري لحريّة التجارة والصناعة، الذي يظهر أثره القوي، حيث يبدو عدم التحيّز في شقّه الاقتصادي كأنّه أثر لهذه الحرية، والتي أنتجت أثرا آخر: هو مبدأ المنافسة.

وهكذا، فقد امتد تطبيق مبدأ المنافسة على النشاطات الاقتصادية للدولة (قانون المنافسة)، ومسّ حتى الصفقات العمومية[2]، وإن كانت الماد 03 من الأمر 03-03 استثنت ما تعلق بالمرفق العام وحالة استعمال امتيازات السلطة العامة[3]، مما يتناقض مع المبدأ ولكونها خاضعة لسلطات قطاعية.

والحقيقة أننا لم نشهد اجتهادا من تلك الهيئات ولا القضاء الإداري للحكم على هذا التعقد للمادة الإدارية، ولنعطي مثلا صعبا ومعقدا بلجنة ضبط الكهرباء والغاز حيث أن لها مهمة السهر على السير التنافسي والشفاف لسوق الكهرباء، والسوق الوطنية للغاز، في إطار مصلحة المستهلكين والمتعاملين (المادة 113 من القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء ونقل الغاز عبر القنوات)، فهي تكلف بمهمة تجسيد ورقابة المرفق العام للكهرباء والغاز (المادة 114)، وكذا التأكد من احترام شروط حياد مسيّر منظومة نقل الغاز ومتعامل النظام والمتعامل في السوق بالنسبة لباقي المتدخلين (المادة 7/115)، يقتضي إقحام كل هذه العناصر في الشرعية سواء من حيث إصدار القرار أو رقابته، ثورة قانونية لدى الإدارة والقضاء وكل المتعاملين القانونيين.

---

[1] Pierre de Montalivet, constitution et autorités de régulation, R.D.P. N°2, 2014, P.318.

[2] حيث أخضعها قانون المنافسة لرقابة مجلس المنافسة في تعديل 2008 (المادة .....).

[3] فهل الأمر يتعلق بتطبيق قاعدة الخاص يقيد العام، أي أنّها تخضع للسلطات المستقلة القطاعية.

فالتوفيق بين هذه المهام يفتح مجالا جديدا يوسع من مجال السلطة الإدارية، ويقتضي الاعتراف لها بالسلطة التقديرية، فعندما يقر المشرع بأنّ: «نشاطات نقل وتوزيع الكهرباء وتوزيع الغاز تسير وفق القواعد التجارية، بواسطة أشخاص عمومية وخاصة، وتمارس في اطار المرفق العام» (المادة الأولى من القانون المتعلق بالكهرباء والغاز المشار إليه)، فذلك يظهر لنا حجم السلطة الإدارية الجديدة من حيث مجالها الواسع أو من حيث تعقد مهامها، بما يولد شرعية إدارية "جديدة" تقوم على أساس من منح سلطة تقديرية للسلطات الإدارية المستقلة، مما يبرر إدراج مبدأ عدم تحيز الإدارة في صلب النص الدستوري لإعطاء وتأسيس الإطار الدستوري لرقابتها كمتطلب للتوفيق بين احترام الحريات الضرورية والصالح العام الإجباري بواسطة المبدا العام الدستوري المنصوص عليه في المادة 23 مما يمنح المشرع والإدارة الأساس للتأطير الشديد لهذه السلطة، وكذلك يمنح للقاضي الإداري الأساس العاملمقاضاة وإقامة الشرعية الجديدة على أساس واضح عام، لكي لا تفلت أي سلطة من رقابته من حيث الأسباب القانونية، فهي تتوفر في مضمون المادة 23، بما يسمح له بإقامة اجتهاد يُوفِّقُ فيه بين متطلبات النظام العام والحريات الاقتصادية، بتأطير استعمال امتيازات السلطة العامة لكي لا تنعدم الحريات أو تورد عليها التضييقات الشديدة، ولا تترك للحرية لتقلص من المنافسة أو تحدث الهيمنة في اقتصاد في طور النشوء من الناحية الرأسمالية، ومثال قرار قرار million et marais[1] حيث واجه القاضي الإداري الفرنسي ضرورة التوفيق بين امتيازات السلطة العامة والمرفق العام، فقد أصبحت المنافسة جزء من الشرعية الإدارية[2].

وقد تطور اجتهاد القاضي الإداري في مجال رقابة السلطة التقديرية الذي مجاله الصالح العام الى رقابة ضيقة عبر عيب الغلط الواضح في التقدير L'erreur manifeste d'appréciation[3]، وكذا رقابة الملائمة حيث رأت رئيسة مجلس الدولة: «**يمكننا التقريب لتقريب بين الاجتهاد القضائي للغلط الواضح في التقدير وبين نظرية الحصيلة المطبقة في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة**»، ولتعتبر: «أنّ الحد الفاصل بين مفهوم القانونية وبين مفهوم الملائمة جد دقيق»، فهو: «**(...) من فعل ونتيجة لإرادة القاضي والاجتهاد القضائي وليس خطأً محددا مسبقا، غير أنّ القاضي وبعد تحديد هذا الخط الفاصل ملزم باحترام ما دام لم يتغير بفعل تعريف جديد لدولة القانون**».

والحقيقة، أنّنا نعتقد أنّ مفهوم دولة القانون وتجسيدها يعود الى القاضي أساسا، حيث يمكن رصد بعض التطور في مجال رقابة السلطة التقديرية في ميدانها المفضل المتعلق بالنظام العام، فقد كان اجتهاد

[1] C.E, 3 nov. million et marais in : G.A.J.A, 15° Edition

[2] Antoine Aurelien, Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence

[3] ابركان فريدة، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة العدد 1، سنة 2002، ص 39.

القاضي الإداري قد استقر، كما رأينا على مراقبة تلك السلطة بواسطة عيب الانحراف في استعمال السلطة أساسا[1]، ليضاف لها الغلط (أو الخطأ) الفادح (الغلط الواضح) في التقدير في التطور الذي ذكرناه، بعد إنكار إعمال رقابة الشرعية على تلك السلطة كما جاء، مثلا في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 29 ديسمبر 1984[2] حيث ذكر في حيثيته أنّه: «**متى كان من المقرر قانون أنه يجوز للإدارة رفض تسليم جواز سفر أو رفض تمديد أجله متى رأت أن التنقل إلى الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام وهذا دون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها ودون أن يكون تقديرها هذا قابلا للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة**».[3]

والحقيقة أنّ القاضي الإداري قد حقّق تقدماً في هذا المجال، حيث أنّه في قضية مماثلة تتعلق برفض تسليم جواز سفر قضى بما تفتضيه دولة القانون، حيث اعتبر قرار وزير الداخلية مخالفا للمادة 44 من الدستور التي تضمّن حرية الدخول والخروج من التراب الوطني، في سابقة قضائية هامة والتي تُعدّ بمثابة اجتهاد قضائي فـ: «**لم يعد في مقدور الدولة التصرف بصفة تقديرية، وفقا للإجراء التشريعي والإداري، ولكن يجب عليها احترام المعيار الدستوري، ويترتب عن هذا تقلص سلطة الدولة**»[4*].

إنّ تطور دولة القانون من خلال مجموعة النصوص التشريعية ومجموعة الاجتهادات القضائية قد قلصت من سلطة الإدارة التقديرية، ولكن مما زالت نصوص كثيرة تمنح سلطة تقديرية للإدارة، وخاصة في مجال المرافق العامة الاقتصادية، والامثلة الأبرز ما تعلق منها بالمرافق المحلية حيث منحت نصوص قانون البلدية، وقانون الولاية، سلطة تقديرية لهيئاتها في اختيار نمط إدارتها سواء عن طريق هيئة عمومية محلية أو بطريق الامتياز أو بتفويض تسيير المرافق العامة[5]، وكذلك نمط المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي الذي، وإن قيد إنشاؤها بشروط ومعايير بواسطة المادة 44 من القانون رقم 88-05[6]، والتي يمكن أن تتحول الى مؤسسة عمومية اقتصادية، هي قد تستغل هذه الشروط لمجرد الاستفادة من المرونة المتأتية من نظامها المالي والقانوني، بدون صلة بصفتها كمرفق عام.

[1] قرار خيال عبد الحميد ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي، المشار اليه سابقا.
[2] قرار بتاريخ 29 ديسمبر 1986، منشور بالمجلة القضائية، عدد 4 سنة 1989، ص 227
[3] غناي رمضان، مقال مشار اليه سابقا.

[4] Oliveier Beaud, Op.cit. P.1291.
[*] «L'Etat, ne peut agir discrétionnairement suivant la procédure législative ou administrative mais doit respecter la norme constitutionnelle, à cet effet, il en résulte une diminution de la puissance étatique»

[5]

[6] طريقة شير جديدة غير واضحة العناصر القانونية

ومهما يمكن، فإن مبدأ عدم تحيز الإدارة كمبدأ عام دستوري يؤدي وظيفة أي معيار دستوري، فهو قابل للاستعمال من قبل كل المتعاملين القانونيين لتأطير النظام القانوني للإدارة، وخاصة مراقبة استعمال امتيازاتها خارج الصالح العام، وكذا خارج الأهداف الدستورية عموما، لأنه يسهم مع مجموعة المبادئ الدستورية الأخرى، وكذا المبادئ التشريعية والتنظيمية المشار اليها في الفقرات السابقة، في تكثيف النظام القانوني للتقليص من عنفوان الإدارة لصالح الحريات والصالح العام.

خلاصة الباب الثاني:

نستنتج، إجمالا، أنّ النظام القانوني للإدارة قد تأثّر، بشكل واضح بالدستور، سواء من حيث دسترة مصدره، وكذا دسترة مضمون الشرعية الإدارية، بما نعتبره عودة للأصل، فالمتطلّبات الدستورية قد أصبحت جزءا من الشرعية الإدارية، حيث أنّ المعيار الدستوري قد أصبح يُستعمل كأساس لنشاط الإدارة، وكقيد على سلطتها، من قبل السلطات العمومية (المشرّع، الإدارة، القاضي)، أومن تصلها علاقة بهم، وخاصة المتعاملين والمتقاضين على وجه الخصوص.

وبالنتيجة، فقد أضحت الكتلة الدستورية جزءاً من الشرعيّة الإدارية، مكونة بذلك لنظام قانوني دستوري تخضع له الإدارة.

نستخلص أنّ تأثير الدستور على النظام القانوني للإدارة قد بدأ يتجسّد من خلال اجتهاد القاضي الإداري، وكذا المبادرة من الإدارة، وإن، بشكل محتشم، ولكنّه، يُعدّ بداية لتطوّر و"بذرة" لدسترة قادمة أكثر اتساعا وأكبر عمقا، والتي ستطبع عمل الإدارة بما يُدرِج نشاطها في إطار الضوابط الدستورية، بما يعطي لها من مشروعية متجدّدة تتوافق مع ضرورة التوفيق بين الأهداف الدستورية والامتيازات الممنوحة لها.

ظهر لنا من خلال مسار تجسيد الدسترة أنّ الدستور يضع إطارا لنشاط الإدارة من حيث التوفيق بين الامتيازات الدستورية الممنوحة للإدارة أو من حيث القيود التي تقع عليها، بما يمنحنا من إطار دستوري يتجسّد تدريجياً من خلال بحث الإدارة عن مشروعيّة دستورية لأعمالها أو، من خلال الاجتهاد "المدستر" لمجلس الدولة والقاضي الإداري عموما، الذي يدرجه في نظام قانوني يقيّد استعمالها لامتيازاتها المحمية دستوراً.

خاتمة

نستخلص بروز الدسترة ورسوخها وتأثيرها العميق على الإدارة ونظامها القانوني.

فقد تمّت دسترة القانون الإداري على مستويين: فأمّ على المستوى الأول فيتعلق بمنح الإطار الدستوري له، أما المستوى الثاني فيتعلق بمنح القانون الإداري استقلالية دستورية.

اكتسبت دسترة القانون الإداري رسوخا وقوة من حيث ثبات المبادئ وقوة الأسس الدستورية. فقد كان مبدأي الدسترة همكا المنطلق والاساس للإطار الدستوري للإدارة وقانونها حيث هما مبدأين مكرّسين من المجلس الدستوري فقد أصبحا جزءا من القانون الوضعي الجزائري، ويمثلان فلسفة الدستور القائمة على الحفاظ على الحقوق الأساسية.

فهذا البعد المزدوج للدسترة يوفّق بين البعدين الأبستمولوجيي والأيديولوجي.

فقد انبثقت الدسترة لتبعث وتدافع عن ميلاد "المجتمع الديمقراطي كما جاء في القرار المتعلق بالانتخابات لأوت 1989، والذي تدعم برأي المجلس الدستوري بمناسبة تعديل 2008 فقد رأي المجلس الدستوري واعتبر ذلك دعما لمبدأ المساواة ويندرج في اطار المتطلب الديمقراطي، وفد جسّد المجلس الدستوري تلك الصل والارتباط بين الدستور والقانون الإداري عبر ترسيخه بتفسير دقيق لمبدأي الفصل بين السلطات وضمانة الحقوق والحريات التي دشنها بحيثية 20 أوت 1989 المتعلقة بالجنسية والتي تضمنت ضمانة الحقوق والقيود الواردة عليها والتي أتبعها وعضدها بقرار 28 أوت 1989 المتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوني، فقد اعلن عن مباد الفصل بين السلطات والذي أسسه فيما بعد على المواد 122 و125.

أعقبها المجلس الدستوري بسلسلة من التفسيرات للمبدأين لتدقيق المفاهيم وترتيب أثارهما في مجموع آرائه وقراراته، هذا فإنّه، بالنسبة لمبدأ الفصل بين السلطات، قد وضع الأساس والقاعدة العامة في حيثيته المتضمنة في رأيه حول القانون العضوي المعدل لنضام مجلس الدولة لسنة 2011، ليؤسس استقلالية كل سلطة والتي أعلنها في آرائه وقراراته السباقة.

وترسخت تلك الدسترة بتكوين طائفة دستورية تتكون أساسا من الدستور وآراء وقرارات المجلس والاتفاقيات الدولية وبعض القوانين خاصة قانون الجنسية وتدعمت بالقانون الدستوري المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

فهذه الطائفة مدعوة الى التوسع بالنظر الى الاجتهاد الدستوري المستند الى السلطة التفسيرية للمجلس الدستوري. وقد انتشرت الدسترة المنطلقة من اجتهاد المجلس الدستوري الى أطراف أخر حيث تأثر بذلك القاضي الإداري والمشرع والإدارة. ويملك هذا الانتشار ديناميكي ستتدعم نتيجة للمصالح التي يدافع عنها الدستور

أنّ دسترة القانون الإداري قد تجسدت في واقع القانون الوضعي بصفة متدرجة، فهي في مرحلة "جنينية"، ورغم ذلك، فقد حققت أثارا كبيرة فيما يتعلق برسم مجال القانون الإداري وفي تأطير نظامه القانوني، فهي مدعوة للتسارع بالنظر لما تضمنته التعديلات الدستورية المرتقبة، حيث أن توسيع سلطة الاخطار الى النواب ستؤدي الى تكثيف الرقابة الدستورية، وبالتالي، فهي ستشمل، بالضرورة، ميادين جديدة وعناصر قانونية هامة نظرا للتحولات التي تعرفها الإدارة، على وجه الخصوص.

ونعتقد أن دسترة القانون الإداري تستند الى أسس دستورية قارة، بما يضمن لها الاستمرارية، فهي قد تمت بالاعتماد على مبادئ الدسترة الأساسية: مبدأي الفصل بين السلطات وضمانة الحقوق والحريات. وبالتالي فهي تضع اطارا دستوريا عاما يستوعب الحركية الطبيعية للقانون الإداري، التي يضمنها له الحد الأدنى الضروري لاستقلاليته المكرّس دستورا.

ولا شك أن الرهان على الدسترة يشمل معظم الفاعلين القانونيين، فلا يقتصر تأثير الدستور على محركه الأول هو المجلس الدستوري. فبذلك سيعظم انتشارها بما يكثف من وجودها، الذي يعد الشرط الأساسي للتشبع بالقيم الدستورية والتي ستكون إطارا دائما لضبط القانون الإداري، وبخاصة عن طريق تطوير إمكانيات الاجتهاد القضائي "المدستر" الذي يوجد في وضعية "جنينية" ولكنه يتضمن كمونا كبيرا.

وهكذا فقد سمحت الدسترة برسم مجال الإدارة عبر الربط بالمبادئ التي تجدي أساسها النصي في اجتهاد المجلس الدستوري فهو المفسر الذي منحها اطارا دستوريا يحصنها من التغييرات المختلفة ذات الطبيعة المختلفة فقد أقام اطارا عضويا بالاستناد على مبدا الفصل بين السلطات لينح الإدارة العمومية دستورية استقلالية إضافة الى التكريس الدستوري للإدارة العمومية تعديل 28 نوفمبر 1996 فمجموع

حيثيات آراء وقرارات المجلس الدستوري تهدف الى رسم مجال محمي للإدارة لتضمن لها استقلالية عضوية. وكذلك فإن دستور قد حدّد الإدارة تحديدا ماديا بالارتباط بالحقوق والحريات فهي تستمد منها وظائفها وهكذا فقد وضع الإطار الدستوري لمهمتها في الحفاظ على النظام عام ورسم مجالا دستوريا للمرفق العام.

وقد أطّرت الإدارة في نظامها القانوني من حيث امتيازاتها والقيود الواردة عليها تأطيرا دستوريا يوازن ويوفق بين تحقيق الحقوق والحريات وإقامة الصالح العام.

فلم تعد الإدارة تستمد سلطتها من المشرع ولكنها تستند الى أسس دستورية في مصادر سلطتها بما يثمن مكانتها ويجعلها في استقرار تتمتع بالاستمرارية كامتياز دستوري يجعلها فوق الصراعات السياسية والاجتماعية

وهكذا فقد منح الدستور امتيازات السلطة العامة للإدارة سواء من حيث السلطة التنظيمية والسلطة الهرمية وامتلاك سلطة الاكراه في إطار الخضوع لدولة القانون.

نجحت الدسترة في إقامة التوازن بين متطلبات إدارة قوية مستقرة وفاعلة والخضوع المطلق لمتطلبات الحقوق والحريات التي هي، في نفس الوقت، قيود دستورية ترد على سلطتها، وتسعى الى اقامتها وتحقيقها، بحكم أن الدستور هو الضابط للعلاقة الأساسية بين الدولة والمواطن.

وتحمل الدسترة بعض المخاطر، بحيث قد تفسر على ضوء القانون والأنظمة، بما يفقدها مضمونها الأساسي كإطار لتفسير الدستور على ضوء وظيفته الأساسية، وهي حماية الحقوق والحريات، وبما يؤدي الى قلب الأمور من حيث المساس بالمبادئ الدستورية.

وتظهر الدسترة بعض الضعف والفتور والتقطع، فهي ليست مسارا مستقيما، وهو مابرز من خلال ما رأيناه في عرضنا، حيث تقوى الدسترة في فترة معينة، وتتقهقر لفترة أخرى، وهي لم تمس عناصراً كثيرة في النظام القانوني للإداري إلا بشكل عرضي.

ويرى البعض أنّ هناك مبالغة في الحديث عن الدسترة بمجرد بعض القرارات وآراء المجلس الدستوري فهي وان كانت المنطلق فليس ذلك دسترة، فالأمر يتعلق بالتأثير العميق والتمثل من قبل كل الفاعلين القانونيين من قضاء ومشرعين وإداريين.

وهكذا تبدو الدسترة محدودة، كما ذكرناها في صلب عملنا، بالنظر لحداثتها رغم قوة الحجة الدستورية، فالأمر يتعلق خاصة بالاستعمال الكثير للمعايير الدستورية في المجال الإداري الذي يظهر بعض القصور في الوعي بالظاهرة.

ونرى أنّ أهم منافس للدسترة هو قوة الحضور للمعيار الدولي الذي يحمل طياته مضمونا كثيفا يجعل التكيف ضروريا وصعبا. فهي وإن اتحدت معها في حماية وضمانة حقوق انسان، فقد تنتزع عنها سموه ورمزيتها، وخاصة ما تعلّق بالسيادة في أوجهها الاقتصادية وحتى الضبطيه المرتبطة بممارسة امتيازات السلطة العامة.

فرهان الدسترة، وخاصة ما تعلق بالقانون الإداري، يجب ان يكون حماية سيادة الدولة، من حيث امتيازاتها السلطوية، كما رأيناه في صلب عرضنا، لحماية الصالح العام بحكم التوجه الليبرالي والاقتصادي لتلك الاتفاقيات الدولية، لكي لا يفجره ذلك الموج العالي.

ومهما يكن، فإننا نستخلص متانة الاسس التي تقوم عليها دسترة القانون الإداري، رغم الحدود التي ترد عليها، فهي تظل افقا للقانون الإداري يكسبه غنىً معياريا فهي تدعّم شرعيته.

فالدسترة تضع له إطارا عاما دستوريا يصلح للإدارة وللقاضي الإداري خصوصاً كإطار معرفي ومعياري لتطبيق القانون الإداري وتفسيره.

فالقانون الإداري مدعو الى دسترة ستشمل عناصر نظامه القانوني خاصة ما تعلّق بالأملاك الوطنية والوظيفة العمومية والطلبات العمومية فهي أكثر الفروع تأثّرا كما رأينا وأكثرها تحوّلا مما يقتضي ضرورة التأطير الدستوري الذي يحفظ للقانون الإداري تماسكه ويبعد عنه مصاعب التعقيد والتشتت والتفكك الذي ينتابه بحكم طبيعة وحساسيته للتغييرات السياسية والاقتصادية.

وأعتقد أنّ الدستور سكون آخر سلاح قانوني للدفاع عن السيادة القانونية للدولة خاصة في الجوانب الإدارية حيث تظهر العلاقات الاقتصادية التي تباشرها الإدارة ضرورة الحماية القانونية العالية والتي تظهر من صعوبات التحكيم التجاري الدولي ومجموعة القواعد المتصلة بالسيادة النقدية والمالية والاقتصادية.

نستخلص، أنّ دسترة القانون الإداري تستند الى أسس دستورية قوية تمنح اطارا عاما يسمح للإدارة كممثلة للصالح العام بالاستفادة من امتيازات دستورية تقوي شرعيتها وترفع فعاليتها.

لا شك في انّ هذه الدسترة في مرحلة "جنينية" ولكنها مدعوة الى التكاثف والتسارع بحكم التعديلات الدستورية القادمة، والتي ستخصّ بالضرورة الإدارة وقانونها بحكم الصلة الوثيقة بالسلطة السياسية والطموحات الاجتماعية المعبّر عنها في إطار متطلبات إدارة عمومية تندرج في وظيفة دولة القانون.

المراجع:

المراجع باللغة العربية:

المراجع العامة:

1. أحمدمحيو،قانونالمؤسساتالادارية،ديوانالمطبوعاتالجامعية.
2. جورجفودالوبياردلفولفية،القانونالإداري،الجزءالثاني،ترجمةمنصورالقاضي،الطبعةالأولى، 2001.

المراجع المتخصصة:

1. أمينة غني،قضاءالاستعجالفيالموادالإدارية،دارهومة،الجزائر 2014
2. بوسماح محمد أمين، محاضرات في المرفق العام، ديوان المطبوعات الجامعية.
3. روبرتاليكسي،فلسفةالقانون،مفهومالقانونوسريانه،تعريبكاملفريدالسالك،منشوراتالحلبيالحقوقية، 2013،ص 22.
4. محمدعبدالعالالسنياري،تطوّرمبدأالمشروعيةمنالفرديةالشكليةالىالموضوعيةوالمذهبية،دراسةمقارنة،دارالنهضةالعربية،بدونتاريخ.

الرسائل والأطروحات الجامعية:

1. بودريوة عبد الكريم، مبدأ حياد الإدارة، رسالة دكتوراه، سنة 2005، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
2. دخينيسة أحمد، الأسس الدستورية لرقابة الشرعية. مذكرة ماجستير 2001-كلية الحقوق-جامعة الجزائر.
3. عمورسلامي،سلطاتالقاضيالإداريفيدعوىالإلغاء،رسالةدكتوراه،كليةالحقوق،جامعةالجزائر، 2011
4. سماتي سعيدة، مجمّع سونلغاز، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في إطار مدرسة الدكتوراه، 2005 تحت إشراف الأستاذ بوسماح.
5. منعة جمال، نفاذ المعاهدات في النظام القانوني الجزائري.

المقالات:

1. ابركان فريدة، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة العدد 1، سنة 2002، ص 39.
2. الأستاذ غناي رمضان، عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة رقم 06 ص.
3. بشير يلس شاوش، الاعتداء المادي، التعليق على قرارين، مجلة إدارة، العدد...، السنة ....
4. كتوشريف،الصفقاتالعموميةوالمنافسة،المجلةالجزائريةللعلومالقانونيةوالاقتصادية
5. محمد بوسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، العدد 01، 2013، ص 55.

القرارات:

1. الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، صنّفه سايس جمال، قدمه خلوفي رئيس، منشورات كليك، ط1 ، 2013. ثلاثة أجزاء
2. المحكمة الإدارية للأغواط، الغرفة رقم 01، قضية ميهوب هواري ضد ولاية الأغواط ممثلة في السيد الوالي، رقم القضية 13/00125 بتاريخ 2013/06/12، غير منشور.
3. المحكمة الإدارية للأغواط، أمر استعجالي من ساعة الى ساعة (جلسة 27 جوان 2013)، قصة هواري ميهوب ومن معه ضد بقشيش علي.
4. المحكمة العليا (العرفة الإدارية)، قرار رقم 117973، جلسة: 1994/07/24، منشور في مجلة المجلس الدولة، العدد 01، سنة 2002، ص 73.
5. المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، الجبهة الإسلامية للإنقاذ ضد وزارة الداخلية بتاريخ.
6. المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، قضية (ح.م.) ضد رئيس بلدية الشراقة بتاريخ 1994/07/24، المنشور بالمجلة القضائية 1996.
7. المنتقى من قضاء مجلس الدولة لحسين بن الشيخ أث ملويا الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2008
8. أمر استعجالي في نفس القضية هواري ميهوب ضد بقشيش، بتاريخ (2013/07/18) غير منشور.
9. أمر استعجالي من ساعة إلى ساعة صادر عن المحكمة الإدارية للأغواط. جلسة 2013/06/27. المدعي ميهوب هواري ومن معه ضد بقشيش علي، غير منشور.
10. حكم المحكمة الإدارية للأغواط (الغرفة الأولى). قصة هواري ميهوب ضد والي ولاية الأغواط، بتاريخ 2013/06/12، غير منشور.
11. عن مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر (2008/2007) للطلبة هادف فيصل، بن تونسي وبن ستول عبد الرحمن: "دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الظروف الاستثنائية"
12. قرار رقم 98 ق 3 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998 المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت.
13. قرار مجلس الدولة بتاريخ 2000/04/24، قضية محافظ بنك الجزائر ضد يونين بنك، ملف رقم 001496، منشور في غني امينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هوما، 2014، ص111
14. قرار مجلس قضاء الجزائر، رقم القضية: 763/2001، بتاريخ 2011/04/11، رقم الفهرس 196/2011. (حسب معطيات الوثيقة المحصّل عليها).
15. قضية (م.ع ومن معه) ضد (ن.ع)، منشورة في المجلة القضائية العدد: 2000/2، ص 206.
16. قضية خبال عبد الحميد ضد رئيس بلدية عين البنيان، لها أبعاد ترتبط بمفهوم دور الدولة.
17. قضية شرقي ضد وزير الداخلية، قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 1983/11/30، منشور في مذكرة ماجستير حول اجتهاد الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة.
18. قضية ميهوب هواري ومن معه ضد، بقشيش علي. أمر استعجالي من ساعة غلى ساعة. جلسة 2013/06/27، غير منشور.
19. مجلس الدولة (الغرفة الرابعة)، قضية (ب.و.ج.) ضد مديرية المصالح الفلاحية لوهران، جلسة 2002/07/15، رقم الملف 5639، منشور في مجلة مجلس الدولة العدد: 03.
20. مجلس الدولة، القرار رقم 052342 المؤرخ في 2009/10/21، قرار منع من الدخول الى التراب الوطني، منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 10 سنة 2012، صفحه 162.
21. مجلس الدولة، القرار رقم 060189 المؤرخ في 2010/04/28، تحت عنوان: "الهيئات العمومية الوطنية"، مجلّة مجلس دولة، العدد 10، سنة 2012
22. مجلس الدولة، القرار رقم 062648 المؤرخ في 2011/09/28، نفس العدد
23. مجلس الدولة، بتاريخ 2004/03/03 بين علي بن فليس ضد صديقي عبد الحميد ومن معه.
24. مجلس الدولة، قرار بتاريخ 2000/04/24، قضية محافظ بنك الجزائر ضد يونيون بنك، ملف رقم 001496، منشور في: غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة، الجزائر 2014، ص 110.
25. مجلس الدولة، قضية المجنّد في الجيش الفرنسي ضد وزير الداخلية، مجلّة مجلس الدولة. سنة 2012.
26. مجلس الدولة، قضية بلدية تغزوت ضد والي ولاية الوادي ومن معه بتاريخ 2003/05/06، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 04، ص 128.
27. مجلس الدولة، قضية سعيدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

28. مجلس الدولة، قضية على بن فليس ضد صديقي عبد الحميد ومن معه، والي ولاية الجزائر، وزير الداخلية والجماعات المحلية بتاريخ 2003/10/18، غير منشور.
29. مجلس الدولة، قضية نحناح ضد رئيس المجلس الدستوري، منشور بمجلّة إدارة.
30. مجلس الدولة، قضية والي ولاية عنابة ضد جمعية الأمل بتاريخ 27-03-2000 صادر عن الغرفة الرابعة (فهرس 159).
31. مجلس قضاء الجزائر (الغرفة الإدارية الأولى) بتاريخ 2003/12/30، قضية بين: السيد صديقي عبد الحميد من معه ضد السيد علي بن فليس وبحضور السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية مدخل ومتدخل في الخصام، قرار غير منشور.

النصوص القانونية:

1. اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المصادق عليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 الصادر في 19 أبريل 2004 – جريدة رسمية عدد 26.
2. النظام المحدّد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد: 26، بتاريخ 03 مايو 2012.
3. مرسوم رقم 87-222 مؤرخ في 20 صفر علم 1408 الموافق 13 أكتوبر سنة 1987 يتضمن الانضمام، مع التحفظ، إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 مايو سنة 1969 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ص 1571.
4. مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1426 الموافق 27 ابريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 ابريل 2002، الجريدة الرسمية رقم 31.
5. مرسوم رئاسي رقم 12-415 مؤرخ في 27 محرم عام 1434 الموافق 11 ديسمبر سنة 2012، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الجمعية العامة والإدارة، المعتمدة بأديس أبابا، بتاريخ 31 يناير 2011، ج.ر. عدد: 68، بتاريخ 16 ديسمبر 2012.
6. مرسوم رئاسي رقم 12-415 مؤرخ في 27 محرم عام 1434 الموافق ل 11 ديسمبر 2012، يتضمن التصديق على الميثاق للإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة، المعتمد بأديس أبابا بتاريخ 31 يناير 2011. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 68.
7. ملحق المرسوم الرئاسي رقم 89-66 المؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق ل 16 مايو سنة 1989 والمتضمن الانضمام إلى اتفاقية مناهضة للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المصادق عليها من طرف الجمعية العامة الأمم المتحدة في 10 سبتمبر 1984 والمنشورة بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 20 المؤرخ في 12 شوال عام 1409 الموافق 17 مايو 1989.
8. ملحق المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال 1409 الموافق 16 مايو 1989 يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، والمنشور ج.ر.ج.ج عدد 20 بتاريخ 17 مايو 1989.

الوثائق:

1. أحكامالفقهالدستوريالجزائري»الصادرعنمديريةالتوثيق،المجلسالدستوري،سنة 1997.
2. الاجتهاد القضائي في تطبيق معايير حقوق الإنسان في محاكم عربية. الجزائر، العراق، المغرب، الأردن، فلسطين، تنسيق الأستاذة بوروبة سامية.
3. التعليمة رقم 3560 الصادرة بتاريخ 2012/12/06 الصادرة عن وزير الداخلية.
4. الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، الفترة التشريعية السادسة الدولة العادية التاسعة، السنة الخامسة، رقم 287.

5. قرار 5 افريل 2013 لمحكمة النقض الفرنسية تقضي بأن يستفيد الطفل الجزائري من الحق العطاءات الاجتماعية، إذا كان يقيم بصفة شرعية، بعض النظر عن جنسيته، استند الى المادة 68 من الاتفاقية التي لها: "أثر مباشر" بدون قيود إدارية، عن جريدة quotidien d'Oran بتاريخ 09 ماي 2013، ص 14.
6. مجلس الدولة، مشروع النظام الداخلي، لسنة 2014، غير منشور.
7. مقرر رقم 05 صادر عن الوزير الأول عبد المالك سلال، بتاريخ 15 نوفمبر 2014، غير منشور.
8. آراء وقرارات المجلس الدستوري (1989-2012) عن المجلس الدستوري.

المراجع باللغة الفرنسية:

المراجع العامة

1. Bertrand Seiller, droit administratif, 4°Edition, champs université, année 2011,.
2. Braibant (Guy), Bernard Stirn, Le Droit administratif français, 1997.
3. Chapus (R), Droit administratif général, Montchrestien, n° : Edition 1995.
4. Chapus, droit administratif général, Edition monchrestien, 1995.
5. Delaubadere, Venezia, traité de droit administratif, Edition DELTA,L.G.D.J. Paris.
6. Eisenmann Charles, cours du droit administratif, tome I, L.G.D.J. lextenso Edition, 2014
7. Francis Hamon, Michel Tropper, Droit constitutionnel, 28° Edition, L.G.D.J, 2003.
8. G. Braibant, B. Stirn le droit administratif français, presses sciences po et Dalloz, 2002.
9. G. Burdeau, traité de science politique, tome 2.
10. J,Rivero, Hougues moutouh, libertés publiques, tome 1,9eme édition,P.U.F.
11. Jacques Moreau, droit administratif, P.U.F.
12. Jacques moreau, police administrative, théorie générale, Juris-classeur. Droit administratif fascicule 200, Année, 1971.
13. Jean Louis BERGEL, La théorie générale du droit 3° Edition. DALLOZ.
14. Léon duguit, Manuel du droit constitutionnel, éditions panthéon Assas, L .G.D.J PARIS 2007.
15. Louis Favoreu،Richard Ghevontion, Gaia, Scofoni, le droit constitution, Dalloz, 12°Edition, 2009
16. M. Hauriou, précis de droit administratif et de droit public, 12° Édition Sirey, 1933, réédition, Dallas, 2002.
17. Moreau J., droit administratif francais, P.U.F. 2011
18. Prosper Weil et Dominique Pouyaud, Le droit administratif, Que –sais-je ?, PUF 1994.
19. Rivero, droit administratif, précis Dalloz, Edition, 1980.
20. Vedel (G), droit constitutionnel, réédition, Paris, Dalloz, p.326.
21. Vedel, Delvolvé, droit administratif, 7°edition, Thémis, 1980.
22. Venezia, traité de droit administratif, 6°Edition, 1997, Tome 3, L.G.D.G.
23. Y. Meny et o. Duhamel, Dictionnaire du droit constitutionnel, P.U.F, Paris.
24. Yves Gaudement, droit administratif général, Tome I, 16°edition, L.G.D.J, paris, 2001.
25. Yves Gaudemet, traité de droit administratif،tome 1 droit administratif générale Edition DELTA. 2002

المراجع المتخصصة

1. Allies (paul), Jacqueline gotti-montain, Jean-Jacques Gleizal, Arlette, Danielle Loschack, Michel miaille, l'administration dans son droit, genèse et mutations du droit administratif, Publisud, 1985.
2. André Demichel, le droit administratif, essai de réflexion théorique L.G.D.J paris, 1978.
3. Bernard stirn, les sources constitutionnelles du droit administratif. L.G.D.J, 2004.
4. Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux, le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux. L.G.D.J, 2002. p.238.
5. Blandine KRIEGE1, propos sur la démocratie, Essais sur un idéal démocratique Paris, 1992.
6. Boukonford, le droit, l'Etat et la constitution démocratique, Essai de Théorie juridique, politique et constitutionnelle, L.G.D.J.
7. Boussoumah (m), l'établissement public, O.P.U. 2012.
8. Boussoumah M. la parenthèse des pouvoirs publics constitutionnels de 1992 à 1998, O.P.U, Alger, 2015.
9. Brahimi (Med) :S.G.T, Fonctionnaires sans fonction publique, O.P.U. 1982 .
10. Charles Albert Morand, le droit néo-moderne des politiques publiques, L.G.D.J, Paris, 1999.
11. Charvin R(dir), l'Algérie en mutation, les instruments juridiques de passage à l'économie du marché: le cas algérien, centre de recherche en droit économique (C.N.R.S), Harmattan, 2001
12. Christian Atias, L'épistémologie juridique P.U.F. 1985.
13. Delaubaderere Andre, droit public économique،3dition،dalloz1979
14. D. Rousseau, Le contentieux constitutionnel, Edition, Delta et Montchrestien, 2006.,
15. DanielleMockle, (Sous la direction de), Mondialisation et état de droit, BRUYLANT, Bruxelles, 2002.
16. Droit Constitutionnel et droit de l'homme. Rapport français au 2ème congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel paris. Aix-en-Provence -1987 – Economica. P.U.A.M.
17. Etienne Picard, préface à "les fictions juridique en droit administratif", delphine costa, L.G.D.J. p. VI.
18. Français luchaire, la protection constitutionnelle des droit et libertés économisa, P.U.A.M.1985.
19. G. Carcassone, La constitution, édition seuil, 2013.
20. guglielmi grilles ،Geneviève kobi, droit du service public, 2°= édition monchrestien.
21. Gregorio Peces Barba Martinez, la théorie générale des droits fondamentaux, L.G.D.J. 2004, p. 374.
22. Haberle Peter, l'Etat constitutionnel, Traduit par marielle Roffi, Economica, P.U.A.M.
23. Jacques caillosse, la constitution imaginaire de l'administration, P.U.F, 2008.
24. Jean Chapez, Yan Laidé, Gérald Simon, Mondialisation et services publics in : la mondialisation du droit, (dir), Eric loqu in et catherine kesso Jain, université de BOURGOGNE-C.N.R.S. litec, 2000, P.503
25. Kelsen, la théorie pure du droit, Traduction française de la 2°Edition par Charles eisenmann, Dalloz, 1962.,

26. kobi Genévrière, des ordres juridiques, ordre public, ordre social, ordre Politique, in :M.J. Redor (dir), L'ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux, Bruylant, coll, Droit et justice, Bruxelles, 2001 .
27. L. Favoreu, Renoux, Le Contentieux constitutionnel des actes administratifs, Edition, Sirey, 1992.
28. Larzul Tannegy, le droit constitutionnel de l'administration, juris-classeur, Fascicule 1452-11-année1997.
29. L'exorbitance du droit administratif en question (s), sous la de Fabrice Mellery, L.G.D.J, 2004
30. Michel Troper, pour une Théorie Juridique De L'Etat, P.U.F. 1994.
31. Rahmani (ahmed), le droit des biens, les éditions internationales, 1996.
32. Rainaud, la crise du Service public, que-sais-je ? 1990.
33. Rosanvallon (Pierre), La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité, Le seuil, 2008
34. Starck Christian, La Constitution : Cadre Et Mesure, Economica, 1994.
35. Bertrandseiller,Sous la direction de: Jean Jacques bienvenu, Jacques petit benoi E. Plassix, , la constitution administrative de la France, Dalloz, 2012.
36. Stéphane Braconnier, Droit des services publics, P.U.F. 2003.
37. Stirn droit administratif français, édition sciences-po, 1996.
38. Yelles Chaouche Bachir, le conseil constitutionnel : du contrôle de constitutionalité à la créativité normative, O.P.U. 2003.

الرسائل والاطروحات الجامعية:

1. Ariane Vidal naquet, les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du conseil constitutionnel. Edition panthéon .assas L.J.D.J. 2007, p263.
2. Aurélien Antoine, prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence, L.G.D.J. 2009.
3. Bekhchi M. A., la constitution algérienne de 1976 et le droit international, O.P.U, 1985.
4. Boussoumah (med) :l’entreprise socialiste en algerie .OP.U.1982.
5. Calandri Laurent, Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, L.G.D.J, 2008.
6. Charles Vautrat-Schwarz, la qualification juridique en droit administratif, L.G.D.J.
7. Costa Delphine, les fictions juridiques en droit administratif, L.G.D.J, 2000.
8. Cyril Brami, la hiérarchie des normes en droit constitutionnel en droit français, Essai d'analyse systémique, 2008.
9. D. Linotte, Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français.
10. D. Truchet, l'intérêt général dans la jurisprudence du conseil D'Etat, L.G.D.J.
11. Danys Béchillon, Hiérachie des normes et hiérachie des fonctions normatives de l'Etat, préface Pierre Bon, Economica, Paris. 1996.
12. Dnielle loschack ،le rôle politique du juge administratif François, L.G.D.J. 1972.
13. Drago Guillaume, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des Lois, Economica, P.U.A.M 1991.

14. Espuglas Pierre, le conseil constitutionnel et le service public, L.G.D.J, 1992.
15. Etienne Picard, la notion de police administrative, 1984 .
16. F. Lachaume, la hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public, L.G.D.J, 1966.
17. Florian Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif. L.G.D.J.1997.
18. G.Timsit.la fonction administrative
19. Guglielmi, La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, LGD .J.Paris.1991.P.41.
20. J. Mark Maillot, la Théorie administrative, des principes généraux du droit continuité et modernité : Dalloz, 2003.
21. Joélle Redor, de l'Etat légal à l'Etat de droit, Economica, 1996.
22. Laggoune Oualid, la justice dans la constitution de 1976, R.A.S.J.E.P, 1978.
23. Lanza Pierre, L'expression constitutionnelle de l'administration française, L.G.D.J. 1984.
24. Laurence Gay, les droits-créances, constitutionnels, Edition Bruylant Bruxelles, 2007.
25. Morhoum Fadela, la conception de contrôle de légalité, mémoire de magister faculté de droit, Alger, 1996.
26. Mamadou Demba M'BAYE, Le Juge administratif et la Constitution de l'attractivité Droit Public française dans L'espace africain francophone, Thèse l'Université Montesquieu Bordeaux IV, Ecole doctorat de droit.
27. Mansour mouloud, La fonction gouvernementale en Algérie, Thèse de doctorat.
28. Michel Tropper, le principe de la séparation des pouvoir et l'histoire constitutionnelle française…
29. Nathalie Bernard-Maugiron, la politique à l'épreuve du judiciaire : la juste constitutionnelle en Egypte. Edition Bruylant. Bruxelles.2003.
30. Norbert Foulquier , les droits publics subjectifs des administrés, Dalloz, 2003, p49
31. Olivier Desaulnay, L'application de la Constitution par la Cour de cassation, Nouvelle Bibliothèque Thèses,
32. Ould Boubout, (A.S.), L'apport du conseil constitutionnel au droit administratif Economica, P.U.A.M, Paris, aix-en Pravence. 1984.
33. Pauline gervier, la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, L.G.D.J.
34. Ramdane babadji,le droit administratif en Algerie :mutations et évolutions,thése pour le doctorat d'Etat, sous la direction de Gérand timsit 1989
35. Ramu Belscize ‹Les Services Publics Constitutionnels. L G D.J.
36. Romain Felsenheld, la constitutionnalisation du droit administratif, Mémoire M2, droit Public approfondi, année 2006.
37. Schwartzenberg R.G., l'autorité de la chose décidée, L.G.D.J., 1969.
38. Tania-Marie Pecheul-David, la prérogative de puissance publique, Bibliothèque CUJAS, thèse soutenue Javier, 2000.
39. Vidal-Naquet, les «garanties légales des exigences constitutionnelles» dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, L.G.D.J, paris, 2007.
40. Walid laggoune, le contrôle de l'Etat sur le secteur privé industriel, Edition international. 1996.

41. Xavier Boissy, la Séparation des pouvoirs œuvre jurisprudentielle, sur la construction de Etat de droit postcommuniste, Bruylant, Bruxelles, 2003.

المقالات

1. Aberkane Farida, le pouvoir discrétionnaire l'administration, Revue du conseil d'Etat, 2001.
2. Agathe van lang, le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité, AJDA 26 septembre 2005, p1765.
3. Agnès ROBLOT-TROIZIER, Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi, La revue pouvoirs, N°143, 2002, P.98
4. Aguiar Luis luque, le contrôle de constitutionnalité des normes dans "le modèle européen de justice constitutionnelle, in: "Mélanges dimitri lavroff, la constitution et les valeurs.
5. Ahmed Mahiou, Administration et développement : in : « Etudes de droit public », O.P.U., 1984.
6. Ahmed Mahiou, la constitution algérienne et le droit international, R.G.I.D.P, 1990, p420.
7. Alain delcamp, la France et la charte européenne de l'autonomie locale in mélanges : "la constitution et les valeus", p 129.
8. Allouache, laggoune, la révision constitutionnelle : enjeux et réalités, R.A.S.J.E.P, 1990.
9. André Legrand, Un instrument du flou : le pouvoir hiérarchique, p67.
10. Anne levade, l'objectif de valeur constitutionnelle, Vingt ans après, in: Mélanges: l''équilibre des pouvoirs, p.689.
11. Anne Levade, L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Paris, Dalloz, CUJAS.
12. Anne Monpion, le contrôle de l'interventionnisme économique public, l'affaiblissement du principe de liberté du commerce et de l'industrie ? A.J.D.A. Fév. 2008, P.232.
13. Antoine Louvaris, l'application du principe de neutralité par l'administration, les cahiers de la fonction publique, n°27, Nov. 2002, P.8.
14. Assmann Eerhard Schmidt, droit administrative et justice administrative (1ére partie), mai-juin, R.F.D.A, 2008
15. Auby, la bataille de san romano, A.J.D.A, novembre 2001, p922.
16. B. Stirn, le droit administratif vu par le juge administratif, A.J.D.A. N°7/2013.
17. Bakhechi, La contribution du droit international à L'instauration de L'Etat de droit, Le cas de L'algerie.
18. Bechillon : l'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du conseil d'état, R.D.P, 1991, p97
19. Bellescize (Ramu), Grandeuret servitude de la notion service public constitutionnel, R.F.D.A, 2006, P.1163.

20. Ben Akezouh (Chabane), des bases constitutionnelles des collectivités territoriales, R.A.S.J.E.P. 2004
21. Benabdellah (dir), Note sous T.A. Meknes, 02 Juil 2001, chibane, la constitutionnalité du grève dans la fonction public in: "contribution à la doctrine du droit constitutionnel marocain" M.A., 1ere édition, 2005, p227.
22. BennadjiCherif, les rapports entre l'administration et les administrés en droit algérien : l'impérative codification. Revue IDARA n°1, 2000 p
23. Bernard auby. La globalisation, droit et l'Etat. Edition Montchrestien,2003.
24. Bernard Luisin, la constitutionnalisation du recours pour excès de pouvoir in : «la constitutionnalisation, des différents branches du droit.
25. Bernard Stirn, le droit administratif vu par le juge administratif, AJDA. N°07, 2013, p387.
26. Bernoussi, la nouvelle constitution marocaine du 29 Juillet 2011, R.F.D.C, N°91, Juillet 2012.
27. Bertrand Faure, Le rôle du Juge Constitutionnel dans L'élaboration du droit des Collectivités Locales, revue pouvoirs n ; 99 année 2001, p 117
28. Bertrand Faure, remarques sur les mutations du Principe de la liberté du commence et d'industrie, note sous conseil d'état ،23 mai 2003 ،communauté des communes (artois-lys) mars-avril 2004.
29. Bertrand Seiller, L'exorbitance des droits administratifs unilatéraux, R.D.P. N°2, 2004.
30. Bousoumah (M), Essai sur le régime juridique du service public. R.A.S.J.E.P. 1992, N°2.
31. Bousoumah (M), Fondements constitutionnels de la défense nationale in: acte de 1ere journéesd'études parlementaires sur la défense national, commission de la défense national, conseil de la nation 11-12 nov. 2001, E.N.A Alger, Tome I.
32. Brahimi (med), les filiations de la constitution de 1976, R.A.S.J.E.P. N°3/4, 1988.
33. Brahimi : quelques questions à la reforme de l'entreprise public économie rasjep n°1.1989
34. Brahimi, Nouveaux choix constitutionnels et nouveaux besoins politiques, R.A.S.J.E.P. N°4, 1991, P.735.
35. Génevois Bruno, une catégorie de principes de valeurs constitutionnelles : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, R.F.D.A. 1989. P.477., P.477.
36. Cayla Olivier, la constitution, le traité et la loi : contribution du débat sur la hiérarchie des normes les cahiers du conseil constitutionnel, N 7/1995, p81
37. Caillosse Jacques, Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique, A.J.D.A. 20 déc. 1996, p.961.
38. caillosse Jacques, les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel, A.J.D.A, Septembre 2005, P.1784.
39. Caillosse Jacques, sous le droit administratif, Réflexion sur l'enseignement actuel du droit administratif. In : Mélanges Gustave Peiser.
40. caps Stephane pierre, la constitution comme ordre de valeurs in: "Mélanges dimitri lavroff, la constitution et les valeurs.
41. chapus (René), Service ce public et puissance publique, R.D.P. 1968, p135 .

42. Charles Debbasch, le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? In : Mélanges Rene Chapus.
43. Charles Eisenmman, la théorie"des bases constitutionnelles du droit administratif', R.D.P, 1972, P.1382.
44. Chevallier G, le droit administratif entre droit constitutionnel et science administration.
45. Chevallier, (J), L'Etat de droit, R.D.P. 1988.
46. Chevallier, l'institution des autorités administratives indépendantes, J.C.P.D, 1986
47. Christine Bigaut, la constitution demeure La norme suprême, Le pouvoir constituant est souverain, La Revue administrative, n° 336, p 605.
48. Christine Maugüé, L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité, in : la constitution, le traité et la loi : contribution au dé bat sur la hiérarchie des normes, les cahiers du conseil constitutionnel, N°7 1999, p87.
49. Christophe vimpert. L'Ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel R.D.P.1994.
50. Chronique, cinq ans Q.P.C devant le juge administratif, A.J.D.A, N°13, 2015
51. Claude Goyard ,Etat de droit et democratie.
52. Conseil d'Etat (Français), Rapport public : «Réflexions sur l'intérêt général», rédiges par Raphaël Hadas-label.
53. Constance Grewe, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche d’une frontière introuvable, R.F.D.C, 2014, p968.
54. D. Rousseau, Question de constitution, in Mélanges.
55. D. Rousseau, le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie, P.1533, R.D.P. 2014.
56. Mockle Danielle, (Sous la direction de) Mondialisation et Etat de droit, Bruylant, Bruxelles, 2002.
57. Daniellelabetoulle, L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif, AJDA 2005 p. 1776.
58. David Bailleul, juge administratif et la conventionalité de la loi, R.F.D.A, sep-octobre 2003, p876
59. Daoudi Hamidi, l'évaluation des politiques publiques dans le contexte de contrôle revue IDARA, 2002
60. Debbasch (charles), Administration et pouvoir politique, Mélanges Burdeau ,1977.
61. debbasches (chaues), le droit Administratif, droit dérogatoire ? In : Mélanges Chapus, 1992.
62. Denys Bechillon, Nicolas Mofessis, propos introductifs. In : le conseil constitutionnel et les diverses branches du droit, les cahiers du conseil constitutionnel, N°16, année 2004, P.99.
63. Denys, de Béchillon, malaise dans La constitution, R.F.D adm, 1998, N2.
64. Didier Truchet, L'autorité de police est-elle libre d'agir ?, A,J,D,A, 1999, n° spécial.
65. Didier Truchet, Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel, A.J.D.A. 2005.
66. Djamel bouzagaia, des concepts de défense et de sécurité nationale, essai de clarification des termes de débat, les 2eme journée d'étude parlementaires sur la défense nationale, in recueil :'qu'est-ce que la défense nationale?'

67. Djebbar Abdelmadjid, la hiérarchie des normes dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, revue IDARA
68. Dominique Rousseau, L'Etat de Droit est-il un Etat de valeurs particulières in : l'équilibre des pouvoirs, Mélanges Pactet, P.887.
69. Dominique rousseau,la constitution :la résurrection, R.D.P. 1990.
70. Dossier: " autonomie financière des collectivités locales en europe", R.F.F.P. N°121, Fev. 2013.
71. Duhamel, la loi et le règlement dans la constitution de 1958.
72. Duprat J.P. Répartition des compétences normatives et application de la loi, A.I.I.C, 2006, P.U.A.M, Economica, p540
73. Eisenmann C. la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, R.D.P. 1972.
74. Elhadi chalabi, les métamorphoses de la révision, revue NAQD 2, 1990 .
75. Emmanuel Breen, le doyen et charles Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif, R.F.D.Adm, mars-avril, 2002 .
76. Emmanuel Breen, le doyen Vedel (1910-2002), R.F.D.A, mai-avril, 2002 ,
77. Encyclopédia Universalis, la neutralité, année 1996, P.292.
78. ERIC Sales, Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ?, RDP, n°1, 2004
79. Espuglas, le conseil constitutionnel et le service public, L.G.D.J. 1992.
80. Etienne Picard, introduction générale, la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique, actes du colloque de cæn 2000, l'ordre public : ordre public ou ordres publics, ordre publique et droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles, 2001, p50 .
81. Etienne Picard ‹Les rapports entre le droit international public et La constitution selon La jurisprudence du conseil d'État. L'a revue administrative. Numéro spécial. 1999, p31.
82. F. Lichère, « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public privé », RDP 2003, p1165
83. Fabrice Meleray, l'exorbitance du droit administratif en question(s) A.J.D.A. N°37/2003, pp.1961.
84. Fabrice Melleray, L'exorbitance du droit administratif en question, A.J.D.A, 3 nov. 2003, N°37, 2003, p1964.
85. Favoreu (L), la constitutionnalisation du droit administratif, Mélanges spiliotopoulous, Sakhoulas, Bruylant, Bruxelles, 1998.
86. Favoreu (L), Les règlements autonomes existent-ils?
87. Favoreu (louis), le conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? R .F.D.A, jan. Fév. .2003.
88. Favoreu Louis, Roux André, La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, N°12/2002, p88.
89. Fromont Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique du R.F.A, Paris, C.U.J.A.S, 1977, p 55.
90. Favoreu, L. droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit. R.F.D.C 1990.

91. Favoreu, L. L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, in : Etudes offertes à Léon Hamon, Economica, Paris, 1982.
92. Favoreu, L. L'apport du conseil constitutionnel au droit public, Pouvoirs, 1980.
93. Favoreu, L. Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in : Recueil d'études en hommage à charles eisenmann, C.U.J.A.S, Paris.
94. Favoreu, L. Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in : Recueil d'études en hommage à charles eisenmann, C.U.J.A.S, Paris.
95. Favoreu L ., la constitutionnalisation du droit in : « les mélanges en hommage à Roland drago, «l'unité du droit»,paris ,economica 1996,p22et »
96. Favoreu L., Dualité ou unité d'ordre juridique : conseil constitutionnel et conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? In : conseil constitutionnel et conseil d'Etat, colloque du 21 et 22 Janvier 1988 au sénat, L.G.D.J. Montchrestien, Paris, p.159.
97. Favoreu L., la constitutionnalisation du droit public, Revue pouvoirs, 1988.
98. Favoreu L., La constitutionnalisation du droit, Mélanges DRAGO, 1992.
99. Favoreu L., le conseil constitutionnel et le droit international,.
100. Favoreu L., le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit, R.F.D.C. 1990, 1, P.86.
101. Favoreu L., le juge administratif et le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, in: mélanges Paul Amselek, p298.
102. Favoreu L., les principes généraux du droit et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République in : trois points de vue sur l'affaire Koné, R.F.D.A, 1996, p885.
103. Favoreu, Les bases constitutionnelles de la décentralisation, R.D.P. 1988.
104. Favoreu, la constitutionnalisation du droit in: Mélanges Drago. 1992
105. Françis-Paul Benoit, notions et concept, instruments de la connaissance juridique, in mélanges : "Droit public", en l'honneur de Gustave, Peiser.
106. Francis-Paul Benoit, Notions et concepts, instrument de la connaissance Juridique, les leçons de la philosophie du droit de Hegel, in : Mélanges Gustave Peiser, le droit public.
107. François saint Bonnet, de droit les liberté publique, antonyme du droit administratif au xix Siècle, R.D.P, N°2, 2012.
108. Fromont Michel, les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA, Mélanges Eisenman, 1974.
109. G. Vedel, Légalité et constitutionnalité, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 1997.
110. G. Vedel, Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du conseil d'Etat à la jurisprudence du conseil constitutionnel, mélanges Chapus, Montchrestien, 1992.
111. G.Burdeau, la constitution : « une survivance«
112. Georges Kassimatis, les principes fondamentaux de la constitution en tant que régles interprétatives.
113. Georges Vedel, Légalité et constitutionnalité, les cahiers du conseil constitutionnel, 1997.

114. Georges Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif in : la pensée de charles Eisenmann, Economica, Paris, P.U.A.M. (dir : Poul Amselek).
115. Gérard Pekassa Ndam, la notion d'administration publique dans la jurisprudence de la cour de justice de l'unione uropéenne, R.D.P, N°2. 2012.
116. Gérard Timsit, Eléments analyse des systèmes d'administration publique : le cas de l'administration de développement in: Mélanges Eisenmann.
117. Gérard Timsit, les concepts de l'administration publique et la langue française.
118. Grégoire bigot, Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. R.F.D.A ? N° 6 /2003, p. 151-164,
119. Grègoire Bigot,les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 r .f.d.a.2003,p 218
120. Gregorio Peces Barba Martinez, droit et pouvoir : le pouvoir et ses limites, R.D.P. N°5, 1999, p.1265.
121. H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », R.D.P ; 1988.
122. Hassmann (Eberhard Schmidt), « Droit administratif et justice administrative, permanence et renouveau », RFDA, Mai-Juin 2008, p 435.
123. Hubert Hamiel, les lois organiques, R.D.P,1982.
124. J. Auby, prescription juridique et production juridique, R.D.P. 1988, p.680.
125. J. Chapez, Yann Laidie, Gérald Simon, mondialisation et services publics in «la mondialisation du droit» sous la direction d'Éric loquaient Catherine kessedjian Edition litec. 2000.
126. J. Chevalier, Danielle Loschack, Rationalité juridique et managériale dans l'administration française
127. J. Chevalier, De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel, A.J.D.A, 1989, P59
128. J. Chevallier, de droit constitutionnel et le droit administratif, Revue pouvoirs, 1980, p.36.
129. J. Chevallier, L’Etat de droit .R.D.P.1988.
130. J. Chevallier, la fin des écoles?, R.D.P. TCXIII, N°3, P.680.
131. J. Chevallier, les interprètes du droit, (dir) Paul Amselek, Lire le droit, Edition Bruylant 1995.
132. J. Chevallier, L'évolution du droit administratif, in les 40 ans de la V république, L.G.D.J. 1998.
133. J. Massot, Le Conseil d’État, artisan du droit constitutionnel de la Ve République.
134. J. P. Bizeau, Le juge administratif n’est-il plus que le juge de la puissance publique ? A.J.D.A, 20 mars 1992, P.179.
135. J. Rivero, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif, E.D.C.E, 1955, in: les pages de la doctrine.
136. J. Vedel, la base constitutionnelle du droit administratif, in : les pages de doctrine, 1980.
137. J.chevallier ،regard sur une évolution ،A.J.D.A. numéro spécial service public 20juin1997
138. J.F. Brisson, "La France est une République indivisible... son organisation est décentralisée", R.D.P, n°1, 2003, 111.
139. J.L. corail :«l’approche fonctionnelle du service public, sa réalité et ses limites», A.j.D.A.1997 Numéro spécial ; le service public : unité et diversité p20

140. Jacques Chevalier, A.J.D.A, 7/2013
141. Jacques Chevallier, l'administration subordonné ? in «La constitution de la 5°République», La documentation française .Paris 2008..
142. Jacques Chevallier, les interprètes du droit, in: Lire de droit (dir), Paul Amselek, Bruylant, P.U.A.M. 1995.
143. Jacques Chevallier, l'institution des autorités administratives indépendantes, J.C.P, 1986.
144. Jacques Chevallier, les interprètes du droit in : P. amselek (dir) Interprétation et droit Bruylant, P.V.A.M, 1995, p 119.
145. Jacques robert, droit administrative et droit constitutionnel, R.D.P ; 1995, p976.
146. Jean Gicquel, sur la continuité de l'Etat in : au carrefour des droits, mélanges en l'honneur de louis Dubois, Dalloz.
147. Jean Gicquel, un président qui gouverne in « La constitution de la 5°Rèpulique(.
148. Jean Jacques Lavenue, le haut comité d'état algérien : une institution de fait à la marge de la constitution, p 1003.
149. Quermonne Jean Louis, Administration publique et science politique, Mélange Chapus, 1992, P.559.
150. Jean Michel dubois ,et Robertetien,l'influence de la contitution française de 1958 sur la constitution algérienne de novembre 1976R.A.S.J.E.P,1978,n°……..,pp .
151. Jean- Michel Dubois, Etien Robert, L'influence de la Constitution française de 1958 sur la Constitution algérienne de Novembre 1976, R.A.S.J.E.P.197, P485.
152. Jean Pierre Bizeau, le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique?, A.J.D.A, 20 mars 1992, p181.
153. Jean Rivero, Apologie pour les "faiseurs de système", Dalloz, 1951, chronique XXIII, P.99-108, in: les pages de la doctrine.
154. Jean. Rivero, Rapport de synthèse : «parlement et administration en Europe», C.N.R.S, 1982.
155. Jean-François Flauss, La condition spécifique des traités relatifs aux droits de l'homme dans les Constitutions contemporaines.
156. Jean-Paul Markus, La continuité de l'État en droit public interne, R.D.P. n°4. 1999, p1078.
157. Joël Andriantsimbazovina, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français,
158. Julliard, La Continuité du pouvoir exécutif, in "mélanges Burdeau, 1977 "
159. Laurent Richer, Constitution, contrats et commande publique Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 37, Dossier : Le Conseil constitutionnel et le droit administratif) - octobre 2012.
160. L.E.Mme L.L.AG, in: "Chronique de la jurisprudence, droit administratif et droit constitution" Déc. 2007. r.f.d.a .
161. La Revue pouvoirs, numero special: les in compatibilités, 2013.
162. Laggoune (w), A. Allouache, les enjeux de la révision constitutionnelle de 1989 (1991), R.A.S.J.E.P.
163. Laggoune Walid, ordre public et défense nationale : fondements et limites d'une distinction, Actes des 1ères JEP/DN pour un débat citoyen sur la défense national en Edition ANEP, 2003.

164. lajoie, la troisième constitution Algérienne, l'abandon de la référence sociale ou le militant travailleur, R.D.P, 1989.
165. L'apport du doyen vedel au droit administratif, R.F.D.A mars-avril, 2002, p222 .
166. Laraba (ahmed), le droit conventionnel (1989-1994) la chronique, Revue IDARA, 1994.
167. Amselek P, Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente.
168. Louis Favoreu, la constitutionnalisation du droit, in : Mélanges en Hommage à Roland Drago, L'unité du droit, Paris, Economica, 1996, P.25.
169. Louis Favoreu, propos d'un néo-constitutionnaliste in : le constitutionnalisme aujourd'hui, (dir) Jean-Louis Seurin, Economica, 1984, P.**
170. Louis Favoreu, Service public et constitution, A.J.D.A, N° spécial.
171. Lucienne victoire Fernandez maublanc, accessibilité et intelligibilité de la loi ou la réhabilitation de la loi par le conseil constitutionnel in: Mélanges D. Lavroff, p.161.
172. Luchaire (Francois), Brèves remarque sur une création du conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle, R.F.D.C, N°64, 2005, p.677.
173. M.L. Boussoumah, essai sur la notion juridique du service public, R.A.S.J.E.P, no 2, 1992.
174. mahiou ,(ahmed) continuitè ou ruptures ,Etudes du droit public ,O.P.U. 1984.
175. Mahiou Ahmed, la constitution et le principes généraux du droit, R.A.S.J.E.P, 1978.
176. Marie José Guédon, Décret et Constitution, in : Etudes en l'honneur de George Dupuis, Droit public, p129.
177. Marie Picard, le principe de laïcité et son application aux agents des services publics, cahiers de la fonction publique, novembre 2002.
178. Marie-claire Ponthoreau, globalisation du droit constitutionnel questions in Espace de service public.
179. Marie-France VERDIER"Le Conseil constitutionnel face au droit supranational :une fragilisation inéluctable?, in mélanges lavroff, "la constitution et les valeurs"
180. Marie-Pauline Deswarte, l'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, F.D.C, N°13, 1993.
181. Mathieu Touzeil-Divina, Printemps et Révolutions arabes : un renouveau pour la séparation des pouvoirs, Revue Pouvoirs N°143, 2012, P.30.
182. Mendegris et G. Vermelle, Le commentaire d'arrêt en droit privé, Méthodes et exemples, Edition, Dalloz, 1989, 3° Edition, P.80.
183. Mescheriakof : « la notion de principes géneraux du droit dans la jusprudence récente».A.J.D.A.P.996
184. Michel Bazex, l'ambition de doctrine in: Frontiéres du droit, critique des droits, Billets d'humour en l'honneur de Danielle Loschack, Maison des sciences de l'homme.
185. Michel Tropper, l’émergence du gouvernement, moncherstion1999 .Mélanges Gelard.
186. Michel Verpeaux. Mathieu Bertrand. La constitutionnalisation des diverses branches du droit, P.U.A.M, 1995.
187. Miaille Michel, L'Etat de droit : technologie et / ou idéal?, Revue NAQD N°3, Jan-Nov 1992

188. Mohamed .Brahmi, les filiations de la constitution de 1976. R.A.S.J.E.P.3/4.1988. P.609-676 .
189. Mohamed, Brahimi, quelque questions à la réforme de l'entreprise publique, loi88-01rasjep, no : 1 R.A.S.J.E.P, 1989 ,
190. Molfessis Nicolas, l'irrigation du droit par les décisions du conseil constitutionnel, Revue pouvoirs-105, année 2003, p91.
191. Moro Barberis, Le futur passé de la séparation, Revue pouvoirs, Op.cit. P.5.
192. Moor Pierre, Introduction à la théorie de la légalité in : "figures de légalité", (dir), Charles-Albert Morand, publisud, 1990
193. Mustapha KARADJI, Soraya CHAIB, Le droit à la motivation des actes administratifs, La Revue IDARA, N°29, 2005, P.116.
194. N. Ghozali. Moncef Benouniche. M, Politique Extérieure de l’Algérie à Travers la Charte Nationale et la Constitution, R.A.S.J.E.P. N° 3. 1978. P453.
195. Nelly Ferreira, la notion d'exécution d'office, A.J.D.A, AJDA Juli/August 1999, n° spécial, p41.
196. Nicole beloubet-frier, Gérard, l’administration en chantiers, R.D.P, P.316.
197. Norbent Foulquier, Frederic Rolin, Constitution et service public in : ****, les cahiers du conseil constitutionnel.
198. Note Cherif BENNADJI sous l'arrêt de la cour suprême (ch, adm), 25 juillet 1993, la lettre juridique n° , p 7.
199. Note cheval Chevallier sous C.E, Huglo, 1982, A.J.D.A, 1982,
200. Note : Med Brahimi sous l'arrêt, C.S, (ch, adm), TALBI C/Ministère de la justice, R.A.S.E.P. 1978.
201. Note. Mahiou sous arrêt .S.N. SEMBAC C/L'O.A.I.C, R.A.S.J.E.P.1981., N°2
202. Otto Pfersmann, La théorie de l’interprétation constitutionnelle, A.I.J.C. année 2000.
203. Olivia Danic, les cent ans de l’arrêt Terry ou un siècle de droits de la défense, R.D.P, 2014, N°1, P.21.
204. Olivier BEAUD, carré de Malberg, R.D.P. p1289.
205. Olivier Cayla, la constitution, le traité et la loi : contribution du débat sur la hiérarchie des normes du conseil constitutionnel, N 7/1995, p81.
206. Olivier Schrameck, Droit administratif et droit constitutionnel, A.J.D.A, 20 Juin 1999, P.43.
207. Omar Bendourou, la nouvelle constitution marocaine du 29 Juillet 2011, R.F.D.C, 91, 2012.,
208. Ost, et van Kerchove, de la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit Bruxelles, Publications des Facultés universitaires saint louis, 2002.
209. Pascal Caille, l'Etat d'urgence, la loi du 3 Avril 1955 entre maturation et dé naturation, R.D.P, N°2, 2007.
210. Pascal Gonod, codification de la procédure administrative, A.J.D.A N° 7/2014, p 395.
211. Patrice Gelard, le phénomène du parti unique dans les Etats socialistes.
212. Patricia Rrapi, jurisprudence du Conseil d'État, R.F.D.C, 2009, p197.
213. Philippe Raimbault, (sous la direction), La puissance publique à l'heure européenne, Dalloz, 2006

214. Philipe Terneyre, la constitutionnalisation du droit économique in : le droit constitutionnel et les autres disciplines juridiques.
215. Pierre de Montalivet, constitution et autorités de régulation, R.D.P. N°2, 2014, P.318.
216. Piérre Delvolvé , l'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, R.F.D.A. nov-dec, 2014.
217. Pierre delvolvé, service public et libertés publiques. Rev.f. droit admin jan.fev.1985.
218. Pierre Dimalta, essai sur la notion de pouvoir hiérarchique, L.G.D.J, paris.
219. Pierre laurent Frier, l'exécution d'office : principes et évolutions, A,J,D,A, Juillet/20 aout 1999, spécial, p45
220. Pierre Montalivet, La crise de La normativité de la constitution en Afrique, R.D.P, n°01. 2012.
221. R. chapus, « De La soumission au droit des règlements autonomes», Dalloz, 1960, P22.
222. R. Chapus, Le service public et la puissance publique, R.D.P.1968, P.276.
223. Rachid Khloufi, la notion d'ordre public et le contrôle du juge d'excès de pouvoir, la lettre juridique, année 1994.
224. Rahmani (Ahmed), changement politique et droit de propriété publique, IDARA, N°2, 1991
225. Ramdane Bendourou, le conseil constitutionnel algérien, R.D.P. 1991.
226. Raphaël Hadaslebel, le juge administratif et l'autonomie locale (conseiller d'état de France), A.J.D.A, numéro spécial 9, 1999, p 107.
227. Renaud Denoix de saint marc, George Vedel et le juge administratif .R.F.D.A.2002,
228. Renoux Thierry, Autorité de la chose jugée ou autorité de la Constitution A propos de l’effet des décisions du Conseil constitutionnel.
229. Rials. St, les incertitudes des de la notion de constitution, sous la V République, R.D.P, N°3, 1984.
230. Riccardo Guastini, Interprétation et description de normes in : p. Amselek (dir) Interprétation et droit, Bruylant, Bruxelles, P.U.A.M, 1995, p 93.
231. Ridha Ben Hammed, Les avancées en matière de droit constitutionnel à travers l’expérience constitutionnelle tunisienne, in : Les avancées en matière de droit constitutionnel Afrique, 24 et 25 Nov. 2014. Et Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe – l’exemple de la Tunisie in : Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson.
232. Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ? R.D.P, 1953.
233. Robert Hertzog, A-t-on besoin du droit administratif ?, in : Mélanges de Jean paul Jacqué.
234. Roland Vandermeeren, La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif, A.J.D.A, 2000, p706
235. Roxane Garnier, La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence ce du conseil constitutionnel, R.D.P. N°2, 2004. P.460.
236. S. Rodrigues, Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques, A propos de la diversification d' EDF/GDF; R.F.D.A, 1999, P.1150.
237. Sabete wagdi, « quelle théorie de la science juridique ? »R.D.P n° :5, 2000 p 1297

238. Saïda El Boudouhi, juge de droit commun du droit international ? Etat des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne, R.F.D.A mars-avril 2014, p386 .
239. Salah Bey, la constitution et la théorie générale du droit, R.A.S. J.E.P.
240. Sandrine Baume, De l'usage des pouvoirs neutres, Revue pouvoirs, n°147, 2012, p 18.
241. Sébastien Saunier, L'autonomie de la volonté en droit administratif, une mise en point, R.F.D.A, mai–juin 2007.
242. Simone Goyard Fabre, les fondements de légalité in : figures de la légalité, (dir) Charles Albert Morand, Publisud, 1990, P.34.
243. laghmani Slim, constitution et démocratie in: l'architecture du droit, mélanges en l'honneur de michel Tropper, P.593.
244. Stavros Tsiklitiras, Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif, R.D.P, P679.
245. Stéphane Gandreau, La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law, R.D.P. N°2, 2005, P.319.
246. Stirn (Bernard), constitution et droit administratif, Dossier : le conseil constitutionnel et le droit administratif in : les cahiers du conseil constitutionnel.
247. Tania-Marie, David-Pecheul, La contribution du conseil de constitutionnel à la théorie de la police administrative, R,F,D, adm, 14(2) mars-avril 1998.
248. Telesphore, ONDO, Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme africain, textes choisis, conférence africaine d'Alger, 24 et 25 Nov. 2014.
249. Thierry S. Renoux, Autorité de chose jugée ou autorité de la constitution?. À propos de l'effet. E cons du conseil constitutionnel, in : l'équilibre des pouvoirs, p859.
250. Timsit, L'engendrement du droit, R.D.P, 1988.
251. Tropper, La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel, R.D.P. 1984,
252. Truchet, le droit administratif vu par un professeur de droit, A.J.D.A. 2013. P.404.
253. Vassilios Kondylis, le principe de la Neutralité dans la fonction publique.
254. Vedel, Jean-Paul Markus, La continuité de l'État en droit public interne, R.D.P. n°4. 1999, p1081
255. Vedel, L'apport du conseil d'Etat à la jurisprudence du conseil constitutionnel, mélanges Chapus, 1992
256. Vedel, les bases constitutionnelles du droit administratif pages de doctrine, 1980.
257. Vedel, Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p647.
258. Vedel, remarque sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p667.
259. walid laggoune, 'ordre public et défense nationale fondements et limites d'une distinction.'
260. Walid laggoune, Droit constitutionnel et équilibre des pouvoirs, cours de l'acadeinie internationale de droit constitutionnel, 2013, (synthèse de cours), non publié

261. Xavier philipe, le rôle du constitutionnalisme dans la construction des nouveaux Etats de droit.
262. Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, Chronique générale de jurisprudence administrative française, A.J.D.A, 14 mai 2012, p936.
263. Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois, chronique de la jurisprudence du conseil d'Etat, AJDA N°30, 2013. P.1733.
264. Y. Aguila, Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, R.F.D.C, N°21, 1995, p13.
265. Y. Gaudemet, le critère du droit administratif :une question nécessaire, une réponse impossible in : Florilège du droit public, mélanges en l'honneur J.P. Boivin, B.I.U.C.J.A.S, 2012.
266. Yelles chaouche Bachir, La relation gouvernement-administration en droit constitutionnel Revue IDARA, N°1, 2000.
267. Yves Gaudemet, propos introductifs, dossier : "le désordre normatif", R.D.P, 2006.
268. Zouaimia R., la délégation de service public au profit des personnes privées, IDARA, N°41, 2001

قرارات قضائية:

1. Arrêt de la seconde chambre du 24 septembre 2003 in : "Sélection de décisions de la cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (extraits), les cahiers du conseil constitutionnel n°15, 2003, P.115.
2. Arrêt N°15/1982, tribunal constitutionnel espagnol in : "les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes", sur la DIR de P. Bon/D. Mauss, 2008, Dalloz, p79
3. C.E, ass. 11 avril 2012, GISTI, annexe, R.F.D.A mai-juin 2012, p558.
4. L. Favoreu . p. loic, Les grandes decisions du conseil constitutionnel ،12 eme ed.
5. L. Touvet / J. Ferstenbert / C. Cornet, Grands arrêts du droit de la décentralisation, 2°edition, Dalloz, 2001.
6. Mahiou (ahmed), contentieux administratif, O.P.U. l’annuaire de la justice 1966, 1967, khelouf, bouchahda.
7. Receuil de la jurisprudence de Kheloufi et Bouchhda, O.P.U.

الوثائق:

1. Commission européenne. Conseil de l’Europe. Etat de droit et transition vers une économie de marché
2. Les cahiers de la réforme, E.N.A.G, 1988.

3. Rapport du PR Michel herbier : « la base constitutionnelle du système économique de marché » «état de droit et transition vers une économie de marché» ‹séminaire unième. Conseil de l’Europe ‹1993.«
4. Rapport général relatif à l'autonome de l'entreprise, RASJEP, N°1, 1988.

الدراسات:

1. Éric Canal-Forgues, Recueil des constitutions des pays arabes, (dir) d'études des droits du monde arabe Beyrouth, Bruylant, Bruxelles, 2000.
2. Les cahiers de la réforme. ENAG .1988